

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Mercantil



MÁSTER UNIVERSITARIO EN DERECHO PRIVADO

Especialidad en Derecho Mercantil

TRABAJO FIN DE MÁSTER

**“LA ESCISIÓN PARCIAL Y LA SEGREGACIÓN COMO
FORMAS DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL”**

Luz María García Martínez

Tutora: Prof. Dra. Carmen Alonso Ledesma. Catedrática de
Derecho Mercantil

Convocatoria: Junio 2011

Calificación: 9.5 con opción a Matrícula de Honor

RESUMEN

La escisión parcial y la segregación son dos operaciones de reestructuración empresarial recogidas en la Ley 3/2009, de 3 de Abril sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. El objeto de este TFM es el análisis del tratamiento de dichas operaciones por el legislador, la jurisprudencia y la doctrina desde la promulgación de la LME y también, de forma retrospectiva. En la primera parte del TFM se realiza un análisis histórico, comparado y conceptual de ambas figuras. El núcleo del trabajo se ha reservado para el estudio de los caracteres de la escisión parcial y la segregación. Nos hemos centrado en el desarrollo de tres aspectos fundamentales: la sucesión universal, la unidad económica y el receptor de la contraprestación, destacando las semejanzas y diferencias entre ambas operaciones. La última parte del Trabajo se ha dedicado a explorar la relación de la escisión parcial y la segregación con otras ramas del Derecho. Se analizan las implicaciones contables que ha supuesto para la escisión y la segregación el RD 1159/2010, de 17 de Diciembre, que modifica el Plan General de Contabilidad. Igualmente, se revisa el tratamiento de las modificaciones estructurales en el Impuesto de Sociedades, centrándonos en la viabilidad de la aplicación del régimen especial de tributación a la segregación tras la promulgación de la LME.

PALABRAS CLAVE

Modificaciones estructurales. Escisión parcial. Segregación. Sucesión universal. Unidad económica. Combinaciones de negocios. Aportaciones no dinerarias.

ABSTRACT

Spin offs and segregations are two corporate restructuring operations contained in the Act 3 / 2009 of April 3 on structural modifications of trading corporations. The purpose of the TFM is to analyse the treatment of such operations by the legislature, jurisprudence and doctrine since the enactment of the LME and also, in retrospect. The first part of TFM provides a historical, comparative and theoretical analysis of both figures. The main part of the TFM is reserved for the study of the features of spin offs and segregations. We have focused on the development of three aspects: universal succession, the economic unit and the allottee of shares, highlighting the similarities and differences between the two operations. The last part of the TFM is dedicated to explore the relationship of spin offs and segregations with other branches of law. It is analysed the accounting implications, for split offs and segregations, of the RD 1159/2010 of December 17, amending the General Accounting Plan. As well, it is revised the treatment of structural modifications by the Corporations tax, focusing on the feasibility of applying the special tax regime to segregations following the enactment of the LME.

KEYWORDS

Structural modifications. Spin off. Segregation. Universal succession. Economic unit. Business Combinations. Contributions in kind.

ABREVIATURAS

AN	Audiencia Nacional
AA.VV	Autores varios
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOICAC	Boletín Oficial del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas
BORME	Boletín Oficial del Registro Mercantil
CC	Código Civil
CCom	Código de Comercio
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DGT	Dirección General de Tributos
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
Et al.	Y otros
IASB	International Accounting Standards Board
IFRS	International Financial Reporting Standards
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
ITPyAJD	Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido
LME	Ley de Modificaciones Estructurales
LMV	Ley del Mercado de Valores
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
PLME	Proyecto de Ley de Modificaciones Estructurales
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RdS	Revista de Derecho de Sociedades
RMV	Revista del Mercado de Valores
RM	Registro Mercantil
S	Sentencia
SA	Sociedad Anónima

SRL	Sociedad de Responsabilidad Limitada
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de Unión Europea
TRLIS	Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades
TRLSA	Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
UmwG	Umwandlungsgesetz

INDICE

Abreviaturas.....	2
LA ESCISIÓN PARCIAL Y LA SEGREGACIÓN COMO FORMAS DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL	
I. INTRODUCCIÓN.....	6
II. APROXIMACIÓN A ALGUNAS FIGURAS DE REESTRUCTURACIÓN.....	9
1. El largo camino hacia la afirmación de la escisión parcial y la segregación como modificaciones estructurales.....	9
2. Concepto de escisión parcial y segregación: rasgos caracterizadores y figura afines.....	18
A) La escisión parcial y segregación como clases de escisión.....	18
B) Figuras afines y supuestos especiales.....	22
a) La constitución de sociedad íntegramente participada.....	22
b) Las aportaciones no dinerarias.....	24
c) Las escisiones especiales.....	28
3. La escisión parcial y la segregación en Derecho comparado.....	29
A) <i>Split-off</i> y <i>spin-off</i> : La escisión en EEUU.....	29
B) La escisión en Europa.....	31
III. FUNCIÓN ECONÓMICA.....	37
1. <i>Risk aversion</i> : “Terapia preventiva” vs “Terapia de choque”.....	39
2. Creación y reestructuración del Grupo de empresas...	41
3. La reestructuración como forma de motivar a directivos y accionistas.....	44
IV. CARACTERES.....	45
1. La sucesión universal.....	45
A) Antecedentes.....	45
B) La realidad de la sucesión universal.....	47
C) Propuesta: una verdadera sucesión universal.....	50
2. Unidad económica.....	52
A) Origen del término.....	52
B) La unidad económica como sinónimo de rama de actividad.....	53
a) La pluralidad de elementos constituyentes.....	54
b) Los ingredientes de la rama de actividad.....	55
c) El requisito temporal de la unidad económica.....	59
d) Situación del patrimonio de la sociedad que se escinde.....	60

3. Una nota discordante: El receptor de la contraprestación realizada por la sociedad beneficiara.....	61
V. LAS ESPECIALIDADES DEL PROCEDIMIENTO DE ESCISIÓN PARCIAL Y SEGREGACIÓN.....	65
1. La dependencia del proceso de fusión.....	65
2. Las salvedades del régimen escisorio.....	65
VI. IMPLICACIONES CONTABLES DE LA ESCISIÓN TRAS EL RD 1159/2010	71
1. Introducción.....	71
2. Concepto de combinación de negocios.....	73
3. Etapas en el método de adquisición.....	76
A) Identificación de la empresa adquirente.....	76
B) Fecha de adquisición y retroacción contable.....	78
C) Coste de la combinación de negocios.....	82
D) Fondo de comercio.....	88
4. Las diferencias entre las combinaciones de negocios y las operaciones intragrupo.....	89
VII. EL RÉGIMEN ESPECIAL DE TRIBUTACIÓN DE LA ESCISIÓN PARCIAL Y LA SEGREGACIÓN.....	90
1. Concepto.....	90
2. El encaje de la escisión parcial y la segregación como operaciones amparadas en el régimen especial del TRLIS	93
3. Aspectos fundamentales de la tributación en el régimen especial.....	97
A) La neutralidad en la entidad transmitente.....	97
B) El principio de neutralidad para la entidad adquirente.....	99
C) Los socios ante el régimen especial del TRLIS.....	100
4. La cláusula de cierre del régimen: el art.96 TRLIS.....	102
CONCLUSIONES.....	106
BIBLIOGRAFÍA.....	108

I. INTRODUCCIÓN

“Ser o no ser una modificación estructural, esa es la cuestión”¹”.

El objeto de este Trabajo Fin de Máster es el estudio de los caracteres de dos operaciones de reestructuración empresarial: la escisión parcial y la segregación. Si bien, se podría utilizar un término más específico como modificación estructural para distinguirlas de otras figuras de remodelación societaria².

En efecto, las modificaciones estructurales dan título a la Ley 3/2009, de 3 de Abril. Su articulado no se pronuncia sobre su concepto; no obstante, la Exposición de Motivos las define como “alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad”.

Con anterioridad a la LME, la regulación de las modificaciones estructurales era dispersa y no se disponía de una definición explícita de las mismas, razón por la cual, la doctrina intentó suplir su ausencia. Se optó por examinar cuáles serían los rasgos comunes a todas ellas, estableciéndose como tales la transmisión en bloques patrimoniales y/o posiciones de socios cuyo fin sea la concentración empresarial. Es más, habría un elemento que englobaría a todos anteriores, la alteración en la organización de la empresa, que repercutirá en los socios y los terceros pero que no siempre afectaría al empresario³. Pero sin duda, la característica más importante es la sucesión universal, gracias a la cual, las modificaciones estructurales son encumbradas a un régimen especial privilegiado, donde se transmite la una unidad económica con todos sus activos y pasivos facilitándose así formas de reestructuración más sencillas en

¹ Realizando un paralelismo con el famoso soliloquio de Hamlet: “To be, or not to be that is the question:/Whether 'tis nobler in the mind to suffer/The slings and arrows of outrageous fortune, /Or to take arms against a sea of troubles/And by opposing end them? To die: to sleep (...), en SHAKESPEARE, W.: *“The tragedy of Hamlet, prince of Denmark”*, Harmondsworth, Penguin Books, 1972, Act 3, Scene 1.

² CONDE TEJÓN, A.: “Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles como subtipo de operaciones de reestructuración empresarial caracterizadas por la sucesión universal (Solución al régimen aplicable a la aportación de rama de actividad y a la cesión parcial de activo y pasivo), *RdS*, nº35, 2010-2011, pg.71.

³ El empresario no se ve siempre afectado dado que en determinadas modificaciones no se produce un cambio en la titularidad de la empresa, como son los casos de escisión parcial o segregación, en ALONSO LEDESMA, C.: “Modificación Estructural”, *Diccionario de Derecho de sociedades*, Iustel, 2006, pg.782.

comparación con la transmisión singular de cada uno de los elementos constituyentes de la unidad económica⁴.

Es necesario subrayar, que la intención del legislador, con la promulgación de la LME, no ha sido la eliminación de otras formas de reestructuración⁵ que conllevan la reorganización empresarial sin sucesión universal. Así se ha manifestado, en la Exposición de Motivos de la LME, trazando una línea entre las “simples modificaciones estatutarias” que afectan al marco estatutario pero no a la identidad o naturaleza societaria⁶ por lo se le aplicarían las normas generales, como es la Ley de Sociedades de Capital, y las que son objeto de regulación específica en la LME; es decir, las reestructuraciones empresariales realizadas por sucesión universal⁷.

La distinción realizada por el legislador da pie a plantearse si la línea trazada es de carácter rígido, albergando un número limitado de operaciones de reestructuración; o bien es flexible, siendo posible su aplicación a operaciones análogas. El legislador no se pronuncia expresamente sobre esta cuestión, a diferencia del legislador alemán que en el apartado 2 del art.1 de la *UmwG* establece el principio de *numerus clausus* que trae aparejada la prohibición de la analogía. No obstante, en su artículo 1, delimita el ámbito objetivo de la LME a las operaciones de transformación, fusión, escisión y la cesión global de activo y pasivo por lo que se observa un ligero atisbo del principio de *numerus clausus*, pero al incluir el traslado internacional del domicilio social consideramos que rebaja la rigidez de un hipotético principio de *numerus clausus*. En efecto, el legislador defiende la inclusión de esta última figura en la Exposición de Motivos aduciendo las relevantes consecuencias en el régimen aplicable a la sociedad, aunque no siempre sea una modificación estructural. Por lo tanto, se podría contemplar la viabilidad de la inclusión de otras figuras que, dada su relevancia, habría que aplicarles la LME tal como se hace con el traslado internacional de domicilio. Sin embargo, la doctrina, de manera prácticamente unánime⁸, defiende la tipicidad de la

⁴ ALONSO UREBA, A., RONCERO SÁNCHEZ, A.: “La viabilidad de la aportación de una unidad económica tras la introducción de la segregación por la ley de modificaciones estructurales”, *RdS*, nº34, 2010-2011, pg.272.

⁵ IBID, 274.

⁶ ANSÓN PEIRONCELY, R., GARRIDO DE PALMA, V.M.: “Introducción general. La modificación estructural”, en *La reestructuración empresarial y las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, pg.25.

⁷ CONDE TEJÓN, A.: “Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles...”, pg.74.

⁸ En contra, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.: “La Ley de Modificaciones Estructurales y el concepto de Modificación Estructural”, en AA.VV, *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*

LME, por lo que las operaciones que no se encuentren en la misma no serán modificaciones estructurales.

Este Trabajo Fin de Máster se ha fundamentado en el estudio de los caracteres de las dos modificaciones estructurales, la escisión parcial y la segregación. La primera parte del Trabajo se dedica al análisis histórico, comparado y conceptual de ambas figuras; además, se examinarán otras operaciones afines para conseguir delimitar correctamente el marco conceptual. Se concluirá con un apartado dedicado a la función económica, donde se incluirán ejemplos de operaciones reales realizadas tanto en España como en el extranjero. En la segunda parte del trabajo estudiaremos los caracteres esenciales de la escisión parcial y la segregación, destacando sus semejanzas y diferencias. Finalmente, en la última parte del Trabajo, observaremos cómo se han tratado las operaciones de escisión parcial y segregación en otras ramas del Derecho. Concretamente, analizaremos qué implicaciones contables ha supuesto para la escisión el nuevo RD 1159/2010⁹ y el tratamiento fiscal especial de las operaciones de reestructuración.

Vol. 2, 2009, Cizur Menor, Aranzadi, pg.80. Defiende el carácter abierto del art.1 LME siendo de tipo enunciativo y no limitativo, estableciendo la existencia de otras Modificaciones Estructurales, las nominadas pero atípicas porque son recogidas en otra Ley distinta, sectorial o fiscal y las modificaciones estructurales atípicas reconducidas al art.1255 CC.

⁹ Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas y se modifica el Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre y el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas aprobado por Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre.

II. APROXIMACIÓN A ALGUNAS FIGURAS DE REESTRUCTURACIÓN

1. El largo camino hacia la afirmación de la escisión parcial y la segregación como modificaciones estructurales.

A lo largo de la dilatada historia de la escisión se pueden destacar tres etapas legislativas. La primera etapa se corresponde con el tímido origen de la escisión. Se empezaba a normalizar la escisión, si bien se produjo en legislaciones periféricas a la LSA. Desde el Reglamento de Cooperación del 13 de Agosto de 1971, pasando por la Ley General de Cooperativas de 1974 hasta la actual Ley de 1999, se ha previsto el “desdoblamiento”¹⁰ o escisión de las cooperativas, sin incluir en ningún momento a la segregación. En el ámbito de las entidades aseguradoras también se había previsto la viabilidad de su escisión. Concretamente, sería en el año 84, en la Ley 33/84, de 2 de agosto, sobre Ordenación del seguro privado y su respectivo Reglamento, el RD 1348/1985, de 1 de Agosto, donde por primera vez se recogía la figura de la cesión de cartera en el art.27. No obstante, su redacción no ofrecía una respuesta clara sobre qué englobaba la figura, aunque la doctrina consideró que únicamente se refería a la escisión parcial¹¹. Actualmente, el RDLeg 6/2004 tampoco menciona la segregación en el art.24 cuyo apartado 3 recoge únicamente la escisión de entidades aseguradoras. Cabe añadir que anteriormente a la legislación sobre cooperativas y entidades aseguradas ya se divisaba un interés del legislador por las figuras de reestructuración empresarial; concretamente en el Decreto-ley de 3 de octubre de 1966, se incluían entre los supuestos de exención y bonificación fiscal de las concentraciones empresariales a aquellos casos en que una sociedad se disolvía y aportaba los elementos de su patrimonio a otras¹².

¹⁰ Con el término desdoblamiento en la Ley General de Cooperativas de 1974 se refería a la escisión de sociedades en los artículos 44 y 45.

¹¹ La doctrina a pesar de afirmar la imposibilidad de realizar la segregación de entidades aseguradoras en base a la Ley, sí que defendían cómo en ciertos supuestos la cesión de cartera podría equipararse a una segregación dado que la contraprestación llevada a cabo por la cesionaria podían ser participaciones a recibir por la cedente. QUIJANO, J. y VELASCO SAN PEDRO, L.: “La cesión de cartera entre entidades aseguradoras”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Ordenación del seguro privado*, Colegio Universitario de Estudios Financieros, Consejo Superior Bancario, 1988, pg.796, nota 23.

¹² Un estudio detallado de los avatares de la escisión en DUQUE DOMINGUEZ, J.: “La escisión de sociedades”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, 1978, pgs.134 y ss.

El problema latente en esta primera etapa era la falta de plasmación por parte de la legislación societaria¹³ de la escisión parcial y la segregación. Aunque en la fase prelegislativa sí se tuvieron en cuenta, el art.229 del Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas de 1979 recogía como escisiones impropias a la escisión parcial y la segregación. Tuvo que pasar una década hasta que la escisión parcial fuera recogida en el Ley de Sociedades Anónimas aunque la segregación tuvo que aguardar unos años más.

La segunda etapa se caracteriza por el impulso de Europa para la armonización de la reestructuración de sociedades. En un primer momento, con la Tercera Directiva del Consejo relativa a las fusiones de sociedades anónimas y, posteriormente, la Sexta Directiva del Consejo sobre la escisión de sociedades anónimas.

En los Considerandos de la Directiva, el legislador ya expresa la intención de las instituciones europeas de regular la operación de la escisión. Al referirse exclusivamente la Tercera Directiva a la fusión y operaciones asimiladas y, dada la similitud entre fusión y escisión, la promulgación de la Sexta Directiva supondría garantizar un nivel de protección similar para los socios y los terceros ante las operaciones de escisión. Sin embargo, ha sido tildada como una “Directiva de segunda generación¹⁴”, al no establecer la obligatoriedad de la introducción de la escisión en los diversos ordenamientos nacionales, a diferencia de la Tercera Directiva que sí que establecía “la conveniencia de introducir en el Derecho de todos los Estados miembros la institución de la fusión”. Únicamente la Sexta Directiva, en su artículo 1 establece los diferentes preceptos a aplicar siempre y cuando “los Estados Miembros permitan” la escisión. Aunque como veremos más adelante, los Estados Miembros, entre ellos España, aprovecharon la promulgación de la Sexta Directiva para introducir la escisión dentro de su ordenamiento.

En cuanto a su contenido, destaca el paralelismo en el tratamiento de la escisión por absorción en la Sexta y la fusión por absorción en la Tercera Directiva, siendo la parte más extensa de ambas Directivas. Seguidamente, se establece la escisión por constitución de nuevas sociedades y la escisión bajo control por la autoridad

¹³ Hubo un intento de materialización de la escisión en el Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas de 1979 cuyos artículos 228 y 229 definían la escisión y les sería de aplicación las normas reguladoras de la fusión.

¹⁴ ROJO, A.: “La escisión”, pgs.669-674.

judicial. Finalmente, se destina el capítulo IV a “operaciones asimiladas a la escisión”, distinguiendo aquellas en que la compensación en especie sea superior al 10% y las que verdaderamente nos interesan para nuestro trabajo, recogidas en el art.25, donde se establece la aplicación de la Directiva¹⁵ a aquellas operaciones escisorias en las que no se extinga la sociedad escindida. Por lo tanto, el art.25 se está refiriendo únicamente a la escisión parcial¹⁶, optando el legislador por una concepción estricta de escisión¹⁷, ya que las acciones o el excepcional diez por ciento en dinero, es recibido siempre por los accionistas¹⁸, sin establecerse la posibilidad de que fuera la sociedad segregada. Consecuentemente, habría que recurrir a las Directivas referidas al régimen fiscal de las operaciones de reestructuración para intentar encajar a la segregación como aportación de activos¹⁹. Además, también sería en una Directiva de carácter tributario, la 2005/19/CE²⁰, donde, en su primer artículo, la escisión parcial aparece por primera vez con entidad propia y no como “operación asimilada al régimen de la escisión”.

La incorporación de la Directiva en la legislación española se produjo mediante la Ley 19/1989, de 25 julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la CEE en materia de sociedades. Gracias a la cual, posteriormente, se promulgaría el TRLSA mediante el RDL 1564/1989, de 22 de Diciembre, recogándose en los artículos 252 a 259, la escisión y la escisión parcial como nuevas formas de modificación estructural. Sin embargo, la segregación iba a continuar en la sombra

¹⁵ Artículo 25: Cuando la legislación de un Estado miembro permita una de las operaciones mencionadas en el artículo 1 sin que la sociedad escindida deje de existir, los Capítulos I, II y III, con excepción de la letra c) del apartado 1 del artículo 17, serán aplicables. Es decir, no será aplicable lo dispuesto para la disolución y extinción de la sociedad que se escinda.

¹⁶ ROJO, A.: “La escisión”, pgs.673-674.

¹⁷ CARBAJO CASCÓN, F.: “Sentencia de 5 julio de 2006: Sociedades: segregación o escisión parcial impropia del patrimonio afecto a una rama de actividad (relativa al petróleo y la petroquímica) de una sociedad anónima para su aportación a otra sociedad anónima de nueva constitución”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 75, 2007, pg.1052.

¹⁸ Art.2 y art 21 de la Sexta Directiva.

¹⁹ Art.2.c: aportación de activos: la operación por la cual una sociedad aporta, sin ser disuelta, a otra sociedad la totalidad o una o más ramas de su actividad, mediante la entrega de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria de la aportación.

²⁰ Directiva 2005/19/CE relativa al régimen fiscal común aplicable a escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro que modifica a la Directiva 90/434/CEE relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros ; añade el apartado 2.b.bis: la operación por la cual una sociedad transfiere a una o varias sociedades ya existentes o nuevas, sin ser disuelta, una o varias ramas de actividad, manteniendo al menos una rama de actividad en la sociedad transmitente, mediante la atribución a sus socios, con arreglo a una norma proporcional, de títulos representativos del capital social de las sociedades beneficiarias de la aportación y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 % del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos títulos deducido de su contabilidad.

como figura de reestructuración empresarial atípica, aunque la intención del legislador, en un primer momento, fue la de su inclusión en la legislación mercantil, al recogerse en el art. 229 del Anteproyecto de reforma de la LSA de 1979, así como en el Anteproyecto de la Ley de reforma parcial, concretamente el art.149 d) 3, donde se establecía el derecho de opción en los casos de segregación de acudir a las normas de escisión. Sin embargo, con la aceptación por el Senado de la enmienda número 406 del Grupo Parlamentario Socialista se vio truncada esta opción²¹ provocando que la segregación siguiese siendo una figura ajena al ámbito societario.

Por otra parte, se produjo un tímido intento en la legislación fiscal al gravar la operación de segregación, en la Ley 76/1980, de 26 de diciembre, sobre régimen fiscal de las fusiones de empresas; concretamente en el art. 15.1 b) se incluía la figura de la segregación como escisión²², si bien, en una posterior reforma del artículo, la segregación se ve postergada a una simple aportación de activos provocando una fuerte corriente jurisprudencial sobre el tratamiento fiscal de la segregación. Como ejemplo, cabe destacar el famoso caso Ercros SA-Ertoil SA²³. El devenir de los acontecimientos²⁴ fue como sigue: El 29 de Junio de 1989, la Junta General de Ercros S.A acuerda la segregación de la rama de actividad de petróleo y petroquímica, solicitando posteriormente al Ministerio de Industria la concesión de los beneficios tributarios ligados a las operaciones de segregación dispuestas en la Ley 76/1980. El 30 de Diciembre de ese mismo año se escritura la operación, indicando que se había concedido el beneficio fiscal, así como se constituye en la misma escritura la sociedad Ertoil SA, sociedad beneficiaria de la operación de segregación. El problema surge cuando en vez de transmitir todos los activos y pasivos de dicha rama de actividad, no se incluyeron todos los créditos, entre estos las letras de cambio a favor de los demandantes. Ercros SA se apoyaba en el cambio legislativo producido en los días anteriores a la escritura, referido a la nueva redacción del art.15 d la Ley 76/1980 donde

²¹ CERDÁ ALBERO, F.: “Segregación de la Sociedad Anónima y de la Sociedad de Responsabilidad Limitada”, *RDM*, nº214, 1994, pgs.944-945. Relata el proceso de Enmiendas en el Senado que desembocó en el Mensaje Motivado del Senado al Congreso defendiendo la modificación del art.149.2 LSA porque así se delimitan mejor los sujetos a quienes se atribuye la contraprestación, los accionistas de la sociedad que se escinde.

²²15.1.b) “La división del patrimonio de una sociedad sin extinguirse traspasando en bloque una o varias partes del mismo a las sociedades de nueva creación o a las sociedades ya existentes a cambio de acciones de tales sociedades. Dichas acciones recibidas podrán mantenerlas en su activo las sociedades escindidas o entregarlas a sus socios partícipes, en cuyo caso reducirán el capital en la cuantía precisa”.

²³ Un estudio detallado de las sentencias surgidas a raíz de este caso se encuentra en CARBAJO CASCÓN, F.: “SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 2006...”, pgs. 1037 y ss.

²⁴ Fundamento de Derecho 6º.

desaparecía la segregación como escisión impropia. Dos años después, Ercros SA vende a una empresa luxemburguesa su participación en Ertoil SA, siendo posteriormente adjudicada esa participación a CEPSA. Finalmente, en junio de 1992, Ertoil SA solicita ser declarada en suspensión de pagos; admitida a trámite su solicitud, en la lista de pasivo no aparecían los demandantes, tenedores de las letras, sino la sociedad Foruria Franco Investment Corporation que había librado las letras. La última sentencia del TS de fecha 5 julio de 2006 cambia el criterio utilizado en pronunciamientos anteriores²⁵, estableciendo la existencia de una segregación con transmisión en bloque de todo el activo y pasivo ligado a la rama de actividad relativa al petróleo. La doctrina aplicada se basó en la prohibición del fraude de ley²⁶ que suponía acordar, en un primer momento, una segregación con transmisión en bloque de todo el activo y pasivo de la rama de actividad petrolífera, incluidas las letras de cambio de los demandantes, obteniendo así ventajas fiscales con la operación, para posteriormente en la escritura, alegando la modificación legislativa tributaria que relegaba la segregación a la aportación no dineraria de activos, reflejarse una operación distinta de aportación no dineraria de activos y así no se tendrían incluidas las deudas en la transmisión de los activos de la rama de actividad petrolífera pero tampoco aplicaban el régimen general del impuesto. Por lo tanto, acertadamente el TS respetando el principio *iura novit curia*, en vez de establecer la nulidad del acto, aplica la norma eludida, es decir, el art.15.1.b)²⁷. No obstante, como correctamente advirtió el TS, no es aplicable este caso como supuesto general en el año que se resolvió por el TS 2006, dado que la norma vulnerada estaba vigente en 1989 pero no en 2006²⁸, año de la última sentencia cuando la segregación no era un tipo de escisión sino una mera aportación de activos.

A pesar del caso omiso por parte del legislador mercantil y en cierta medida fiscal, en el ámbito doctrinal sí que se ha tenido un especial interés por la segregación, manteniéndose un acalorado debate sobre la viabilidad de la segregación en el derecho español.

²⁵ STS 5 marzo del 2001: Donde se rechaza que en los casos de segregación se produzca una transmisión en bloque de rama de actividad.

²⁶ 6.4CC: Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

²⁷ Fundamentos de Derecho 11º y 12º.

²⁸ Fundamento de Derecho 8º.

El punto de partida de la discusión doctrinal fue la resolución de la DGRN de 10 de junio y la posterior resolución confirmatoria de 4 de octubre de 1994²⁹. Ambas tenían un nexo común; esto es, eran sendos recursos gubernativos interpuestos ante la negativa de dos registradores mercantiles a inscribir unas escrituras de ampliación de capital cuyo contravalor era la aportación de una rama de actividad. Consideraban que se realizó una transmisión a título universal de activos y pasivos y, por lo tanto, eran segregaciones patrimoniales ajenas al derecho sustantivo vigente, que impedían la aplicación de la normativa sobre aportaciones no dinerarias. Consecuentemente, habría de acudir, en lo posible, a las normas de la escisión, en la época situadas en los artículos 252 y siguientes del TRLSA, para así proteger los intereses de accionistas, acreedores y trabajadores de las empresas afectadas. Sin embargo, a pesar de que la DGRN también reconocía la existencia de una similitud entre segregación y escisión a la hora de la transmisión patrimonial a la sociedad beneficiaria y la consecuente ampliación de capital, negó la aplicación de las normas de escisión a estas operaciones. La razón apuntada por la DGRN era la “diferencia estructural” que se producía entre ambas al no producirse el traspaso de los socios, de la sociedad escindida, a la beneficiaria sino que las acciones o participaciones eran entregadas a la entidad aportante, afirmando también que era una operación que no estaba expresamente recogida en nuestro ordenamiento³⁰. Confirmando, además, que sí estarían suficientemente protegidos los intereses de socios mediante la aplicación de las normas de las aportaciones no dinerarias, así como los acreedores porque no se produce una reducción del capital social y también los trabajadores dado que siempre se produce la subrogación del art.44 ET en los cambios de titularidad de empresa. Finalmente, el hecho de que fueran aportaciones de rama de actividad no alteraría el argumento de la DGRN, al considerar que unidad económica y rama de actividad no eran sinónimos, porque rama de actividad no aparecía en el derecho sustantivo aunque sí contasen este tipo de aportaciones con un régimen específico fiscal³¹.

No toda la doctrina aceptó la posición de la DGRN sobre el tratamiento de la figura de la segregación como una mera aportación no dineraria, destacándose tres

²⁹ Un análisis amplio de las mismas se ofrece en CERDÁ ALBERO, F.: “Segregación...”.

³⁰ RDGRN de 10 de Junio de 1994, RJ 1994, 4915, Fundamento Segundo.

³¹ RDGRN de 10 de Junio de 1994, RJ 1994, 4915, Fundamento de Derecho sexto.

corrientes doctrinales³². Un sector doctrinal³³ defendía la aplicación analógica del régimen de la escisión a la segregación, advirtiendo que de esta forma se protegerían mejor los intereses de los socios y los acreedores; alegaban que únicamente se producía sucesión universal en los caso de fusión o escisión total, escisión parcial y segregación “eran manifestaciones similares de aportaciones o transmisiones a título universal³⁴”.

No obstante, aquella visión analógica no fue del agrado de todos. Otro sector doctrinal³⁵ defendía una postura afín a la DGRN considerando a la segregación como una mera aportación no dineraria, por lo que habrían de aplicársele los arts. 38 y 40 TRLSA. A pesar de confirmar la similitud entre ambas figuras, el hecho de que la contraprestación realizada por la sociedad beneficiaria de la escisión parcial fuese recibida por los socios y en la segregación fuera la sociedad, suponía impedimento suficiente para no poder aplicarse analógicamente los preceptos de la escisión parcial; es más, a la batalla ya perdida por la segregación, se añadía el hecho de que la transmisión vía sucesión universal sólo se aplica en supuestos excepcionales con un reconocimiento legal expreso como se produce en la fusión o escisión y no ocurría en la segregación³⁶.

A estas dos posturas contrapuestas, cabría añadir una tercera, que podríamos calificar de intermedia, la cual defiende que, en determinados casos, dada la equivalencia funcional entre la segregación y la escisión y, como veremos más adelante, la dificultad de afirmar con rotundidad que se produzca o no sucesión universal, provoca que se pueda plantear la aplicación, en parte, de los preceptos de la escisión a la segregación y así proteger mejor los intereses en juego. Por ejemplo, seguir el mismo régimen competencial que en la escisión, la segregación en vez de ser una competencia de los administradores como ocurriría en los casos de aportación no dineraria, pasaría a ser votada en la Junta general.³⁷

³²Recogida la clasificación del posicionamiento doctrinal en ÁLVAREZ, S.: “La aportación de rama de actividad tras la regulación de la segregación en la Ley 3/2009 de Modificaciones estructurales”, *Diario La Ley*, nº75253, Sección Doctrina, 1 Octubre 2009, pgs. 2-3.

³³ Entre otros, DOMÍNGUEZ GARCÍA, M.A.: “El régimen jurídico de la escisión de sociedades anónimas por aportación como cuestión abierta”, *RdS*, nº4,1995, pg.280.

³⁴ *IBID*, 278-279.

³⁵ RUBIO VICENTE, P.: “¿Cabe la extensión del régimen jurídico de la escisión a los supuestos de segregación patrimonial de la sociedad por aportación?”, *RdS*, nº5,1995, pgs.235 y ss.

³⁶ CERDÁ ALBERO, F.: “Segregación...”, pg.950.

³⁷ ALONSO LEDESMA, C.: “Algunas consideraciones en torno a la sucesión universal como rasgo caracterizador de la segregación frente a la aportación de rama de actividad”, *Derecho de sociedades*:

En este clima de incertidumbre, se promulgó la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, lo que configura la tercera etapa de este análisis histórico. Se trata de un período que podríamos calificar como una etapa triunfal, ya que definitivamente las modificaciones estructurales dejan de ser una terminología doctrinal y pasan a convertirse en una concepción legal³⁸.

La Exposición de Motivos comienza destacando la importancia de la LME en el “continuado proceso de perfeccionamiento del Derecho de las sociedades mercantiles”. Continúa desgranando los objetivos de la misma, consiguiendo ordenarlos en una triple fundamentación³⁹ en la LME. En primer lugar, la LME ha supuesto unificar en un mismo texto legal las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: Esto es, de una parte, aquellas modificaciones en las que se produce una transmisión patrimonial con sucesión universal y, de otra, las modificaciones que conllevan un cambio en el régimen aplicable⁴⁰. Pero no solo se ha realizado una tarea de compilación de las modificaciones existentes en diferentes textos legales, sino que también se introducen nuevas figuras de reestructuración empresarial, tales como el traslado de domicilio, la cesión global de activo y pasivo que deja de ser una operación limitada a los procesos de liquidatorio y, tras una larga espera, la segregación como forma de escisión.

La doctrina ha acogido de forma unánime la entrada en vigor de la LME, aunque matizando su marcado carácter continuista con la legislación anterior.

Se ha puesto de relieve cómo se ha perdido la oportunidad de resolver algunas cuestiones que no quedaban claras en la LSA y que siguen sin estarlo, tal como tendremos la oportunidad de esclarecer a lo largo de este trabajo. A modo de ejemplo, podemos citar las implicaciones que conllevan una reestructuración con sucesión

libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero, Vol. 4, McGraw-Hill Interamericana de España, 2002, págs. 4927-4962.

³⁸ Al igual que sucedió años atrás en Alemania con la promulgación de la *UmwG*. CONDE TEJÓN, A.: “La nueva regulación española sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. BOE Núm. 82, 4 de abril de 2009”, *RdS*, nº 33, 2009, pg.387.

³⁹ EMBID IRUJO, J.: “Aproximación al significado de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 309, 2010 (Ejemplar dedicado a: Ley de modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles), pg.3.

⁴⁰ En el primer grupo se incluyen las operaciones son la fusión, escisión, segregación y cesión global de activo y pasivo. El segundo grupo lo forman la transformación y el traslado internacional del domicilio.

universal⁴¹, o la viabilidad de realizar varias modificaciones estructurales a la vez⁴². También se ha criticado que, al igual que aconteció con la LSA, se siga remitiendo al procedimiento de fusión para los casos de escisión⁴³. A la vez que se echa en falta un Título Preliminar más amplio, en el cual se defina con más precisión qué son las modificaciones estructurales, dado que en la actualidad únicamente se definen en la Exposición de motivos, y cuáles son sus caracteres principales⁴⁴.

Al mismo tiempo que también se aprovechó la promulgación de la LME para introducir en el Derecho español una serie de Directivas comunitarias⁴⁵ y para adecuar las normas afectadas por las mismas.

La LME no es el fin histórico legislativo de las modificaciones estructurales, más bien, un “fin de etapa”. En la propia LME, en su Exposición de Motivos, ya se advierte de su carácter transitorio, aclarando que el verdadero objetivo del legislador es la futura compilación o codificación del Derecho de las sociedades mercantiles, que derogue Título I del Libro II del Código mercantil de 1885, es decir, el relativo a las compañías mercantiles. Para agilizar el proceso, se instaba al Gobierno a refundir las diversas las leyes de sociedades de capital y así se llevó a cabo aprobándose el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital mediante el RD 1/2010, de 2 de julio.

⁴¹ Entre otros, sobre el PLESM, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: “Comentario al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: III. Escisión”, *RdS*, n°31, 2008, GARCÍA TUÑÓN, A.M.: “Escisión parcial: concepto y requisitos”, en AA.VV. *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Vol.2, Cizur Menor, Aranzadi, 2009, CONDE TEJÓN, A.: “La nueva regulación española sobre modificaciones...”, pg.388.

⁴² Se alerta de un hecho que está sucediendo en la práctica, para llevar a cabo varias operaciones dentro de un mismo proyecto de reestructuración empresarial es necesario repetir el procedimiento, en muchos casos similar, incrementando los costes y el tiempo para su consecución, en SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.: “La Ley de Modificaciones Estructurales...”, pg.53.

⁴³ Al no cumplir una misma función económica, no se entiende la remisión general al régimen jurídico de la fusión para los casos de escisión, en FERRANDO VILLALBA, L.: “La escisión de sociedades en la LMESM de 2009: las pretendidas novedades de una reforma incompleta”, *Noticias de la Unión Europea*, N° 309, 2010, pg.26. También hay voces contrarias aplicar una misa tutela a los acreedores en los casos de segregación que en la escisión parcial, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: “Comentario al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: III. Escisión”, *RdS*, N° 31, 2008, pgs 55.

⁴⁴ EMBID IRUJO, J.: “Aproximación al significado de la Ley 3/2009...”, pg.5, quién incluso propone la idoneidad de una parte general que resolviese los problemas que se suscitan en torno a la tutela de socios y acreedores de las sociedades participantes en las modificaciones estructurales.

⁴⁵ Mediante esta Ley se incorporan al Derecho español la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital y la Directiva 2006/68/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, por la que se modifica la Directiva 77/91/CEE del Consejo en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital. Asimismo se incorpora la Directiva 2007/63/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 78/855/CEE y 82/891/CEE del Consejo por lo que respecta al requisito de presentación de un informe de un perito independiente en caso de fusión o escisión de sociedades anónimas.

Tras este breve recuerdo histórico de los procesos de la escisión parcial y de la segregación, procederemos en lo que sigue a realizar un estudio pormenorizado de estos procesos en la actualidad. Abordaremos, en primer lugar, la definición de ambas figuras, precisando sus analogías y diferencias con otras figuras afines, sea éstas modificaciones estructurales o no; proseguiremos, a continuación, con un estudio comparado del tratamiento de la escisión en Europa y América y, como colofón del apartado, analizaremos la función económica de estos dos procesos de reestructuración empresarial.

2. Concepto de escisión parcial y segregación: rasgos característicos y figuras afines.

A) La escisión parcial y segregación como clases de escisión.

El Título III de la LME, en su art.68, comienza enumerando las diversas clases de escisión, a saber, la total, la parcial y la segregación. En los posteriores artículos recoge lo que “se entiende” por estas operaciones.

Adentrándonos en su contenido y con el objeto de lograr una mayor precisión conceptual de la escisión parcial y segregación es necesario, en primer lugar, describir los rasgos característicos de estas operaciones; en segundo lugar, comparar y contrastar sus tipologías para distinguir qué elementos comunes permiten considerar a la escisión como una figura unitaria y, finalmente, establecer las diferencias conceptuales con otras figuras afines.

Centrándonos en el ámbito subjetivo de estas operaciones, el art.69 LME define qué se entiende por escisión total. De acuerdo al contenido del Título III sobre la escisión, la escisión total es el único supuesto de escisión donde la sociedad escindida se extingue al dividirse en dos o más partes todo el patrimonio, siendo la forma de transmisión en bloque mediante sucesión universal. Se establecen en el artículo dos clases de escisión total, dependiendo de quién sea el destinatario de la parte patrimonial escindida. La escisión total será por constitución de una nueva sociedad cuando se constituye dicha sociedad a los efectos de practicarse la transmisión en bloque de la parte del patrimonio de la sociedad escindida. Por el contrario, se considerará una escisión por absorción, cuando la sociedad beneficiaria de la escisión ya existía con

anterioridad a la operación de modificación estructural. Los socios de la sociedad escindida serán los destinatarios de la contraprestación a realizar por las sociedades beneficiarias, que se traducirá en el reparto proporcional a su participación en la sociedad escindida, de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias.

En el artículo siguiente, se define a escisión parcial. Al contrario que en la escisión total, en la parcial no se divide todo el patrimonio de la sociedad sino que una o varias partes del patrimonio, cada una formando una unidad económica, se traspasan en bloque, también por sucesión universal, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes. El apartado 2º de este artículo 70 LME se establece la opción de limitar los efectos de la sucesión universal al permitir en los casos de transmisión de empresas o establecimientos comerciales, industriales o de servicios de no atribuirse las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de la empresa que se traspasa. Hay que destacar, que a diferencia de la escisión total, en la escisión parcial no se extingue la sociedad dado que no se traspasa todo el patrimonio societario, pues sólo se produce una reducción del mismo, llevándose a cabo el reajuste del capital social si fuera necesario. Sin embargo, sí que se asimilan ambas clases de escisión en la forma del reparto de la contraprestación porque en la escisión parcial, los socios de la sociedad escindida también son los receptores de las acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias de manera proporcional a su participación en la escindida.

La tercera clase de escisión, la segregación, se sitúa en el art.71 LME cuyo contenido guarda una gran semejanza con la escisión parcial. En esta operación se produce también el traspaso en bloque de una o varias partes del patrimonio mediante sucesión universal, por lo que tampoco se produce la extinción de la sociedad, al contrario de lo que ocurre en la escisión total.

La única diferencia entre ambas radica en que en la segregación es la sociedad segregada quien recibe las acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias, y no los socios, como sucede en la escisión parcial y también la total. Es decir, en la escisión parcial “se produce un cambio en la posición jurídica de los socios que, aun manteniendo su relación de participación en la sociedad escindida, pasan a

serlo también de la sociedad o sociedades beneficiarias”⁴⁶ al contrario que en la segregación donde no se produce ese movimiento de los socios de una sociedad a otra.

Como hemos analizado, en el ámbito objetivo de la escisión existen rasgos diferenciadores entre las tres clases de escisión. Sin embargo, en el ámbito subjetivo de la escisión destaca un tratamiento uniforme, pero no sólo en relación con la escisión sino también para las modificaciones estructurales en general. En efecto, el art.2 de la LME delimita el ámbito subjetivo de las operaciones de modificación estructural a las sociedades mercantiles, aunque las modificaciones estructurales de sociedades cooperativas así como su traslado de domicilio social se regirán por su normativa específica⁴⁷. Esta autolimitación mercantilista recogida en el art.2 no ha estado falta de críticas, porque se considera que se ha desaprovechado la oportunidad de una LME más abierta; valga por ejemplo su utilización para la armonización de procesos de reestructuración de estructuras autonómicas, tales como las cajas de ahorro⁴⁸. Si bien su carácter mercantilista no se ciñe a que todas las sociedades afectadas por la modificación estructural sean del mismo tipo, sino que, como establece el apartado 2 del art.68 para los casos de escisión, “las sociedades beneficiarias de la escisión podrán ser de un tipo mercantil diferente al de la sociedad que se escinde”.

Existen ciertos casos dudosos en los que es necesario detenerse para determinar si es posible la aplicación de la LME. Nos referimos a la sociedad irregular y en formación, las cuales no podrán participar en un proceso escisorio porque el art.68 se refiere sólo a sociedad mercantil inscrita; es más, la disposición adicional 2ª obliga a las sociedades colectivas no inscritas o irregulares a su inscripción registral para poder

⁴⁶ ALONSO LEDESMA, C.: “Algunas consideraciones en torno a la sucesión universal como rasgo caracterizador de la segregación frente a la aportación de rama de actividad”, en *Derecho de sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, Vol. 4, 2002, pg.4935.

⁴⁷ Ley de Sociedades Cooperativas, art.68.2: 2(La escisión de cooperativas) También podrá consistir en la segregación de una o más partes del patrimonio y del colectivo de socios de una cooperativa, sin la disolución de ésta, traspasándose en bloque lo segregado a otras cooperativas de nueva creación o ya existentes. 68.5: 5. La escisión de cooperativas se regirá, con las salvedades contenidas en los números anteriores, por las normas reguladoras de la fusión, en lo que fueran aplicables, y los socios y acreedores de las cooperativas participantes podrán ejercer los mismos derechos.

⁴⁸ VICENT CHULIÁ,F.: “Análisis crítico de la Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, *La notaría*, 1/2010, pg.11. Donde se propone la técnica de las leyes de armonización del art. 150 dado que las CCAA comienzan a legislar sobre modificaciones estructurales. Por ejemplo, en Alemania, la *UmwG* donde reconoce en el art.1.2 la existencia de modificaciones estructurales fuera de la misma, concretamente en otra ley federal o de un *Land*.

aplicar la LME. Con todo, y tal como apunta la doctrina⁴⁹, una sociedad irregular podría comenzar un proceso de escisión bajo las normas de las sociedades colectivas pero deberá inscribirse antes del depósito del proyecto de escisión (art.226 RRM).

Por otra parte, las sociedades en liquidación sí que podrían emprender una operación de escisión, aunque no hay ningún artículo referente a la escisión de este tipo de sociedades. Dado que el art.73 LME establece que el régimen de fusiones es aplicable a la escisión, entonces, sirviéndonos del art.28, se puede afirmar la viabilidad de la escisión de sociedades en liquidación, estableciendo como límite que no se haya comenzado a distribuir el patrimonio entre los socios. Como con las operaciones de escisión parcial y segregación no se extingue la sociedad escindida será necesario, si la sociedad transmitente en liquidación quiere continuar la actividad, tendrá que acometerse un acuerdo de reactivación⁵⁰. De igual modo, podrá formar parte del contenido de un convenio concursal una escisión para lograr la conservación de la empresa, el art.100.3 LC así lo establece, al incluir como contenido de la propuesta de convenio a la fusión o escisión de la sociedad concursada, aunque con la entrada de la LME hay que entender que también se pueden incluir las demás modificaciones estructurales⁵¹.

Dejando atrás la mercantilidad de las sociedades participantes, el legislador impone una última obligación para los socios. El apartado 3 del art.68 establece que los socios de la sociedad que se escinde tendrán que haber desembolsado todas las acciones o aportaciones para poder acordarse la escisión. Aunque podría iniciarse el proceso de escisión existiendo dividendos pasivos, el proyecto de escisión debe de incluir entonces la forma de liquidación de los mismos, bien por desembolso de los socios o reducción del capital y la fecha límite para la liquidación tendrá que coincidir con el día en que se celebre la junta de socios para la aprobación de la escisión⁵².

⁴⁹ ÁVILA NAVARRO, P.: “*Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: Ley 3/2009*”, Bosch, 2009, pg.500.

⁵⁰ FERRANDO VILLALBA, L.: “La escisión de sociedades en la LMESM...”, pg.27.

⁵¹ PULGAR EZQUERRA.: “Modificaciones estructurales de sociedades en liquidación y situación concursal”, en AA.VV, *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*. Tomo II, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009 pgs. 729 y ss.

⁵² MEMENTO EXPERTO.: “*Reforma mercantil 2009: (Ley 3/2009): transformación, fusión, escisión, cesión global de activo y pasivo, traslado internacional del domicilio : otras modificaciones societarias (LSA y LSRL)*”, Francis Lefebvre, pg.1174.

En este apartado hemos observado como dentro de la escisión existen tres clases de escisión con varios rasgos comunes pero a la vez con ciertos caracteres diferentes que las hacen independientes unas de las otras. En todo caso, el ámbito subjetivo es común a todas ellas. Las modificaciones estructurales solo se realizan entre sociedades mercantiles, siendo condición necesaria que la sociedad a escindir esté inscrita aunque no será exigible que la sociedad beneficiaria sea del mismo tipo mercantil que la escindida. La elección de una clase de escisión u otra dependerá del objetivo que quiera alcanzar la sociedad. Por esta razón, se ha incluido un apartado en este trabajo donde se analiza la función económica de la escisión y se aportan ejemplos de supuestos reales recientes.

B) Figuras afines y supuestos especiales.

Las sociedades podrán servirse de otras operaciones que guardan cierta relación con la escisión. En este apartado, comprobaremos nuevamente cuáles son sus caracteres fundamentales que las distinguen de la escisión.

a) La constitución de sociedad íntegramente participada.

A pesar de la limitación subjetiva del régimen de la escisión, ésta goza de cierta amplitud objetiva. Nos referimos a la concesión realizada por el legislador en el art.72 que contempla la figura de la constitución de sociedad íntegramente participada mediante transmisión del patrimonio, también denominada filialización, a la cual, a pesar de no encumbrarla como clase de escisión el art.68, se le permite servirse de las normas de la escisión, “en cuanto procedan”. Este precepto ha sido muy criticado, sorprende el voluntarismo del legislador si lo comparamos con los artículos que versan sobre las clases de escisión donde el régimen escisorio es obligatorio. Parece que la constitución de sociedad íntegramente participada se encuentre en “tierra de nadie”⁵³ ya que no se sabe qué tipo de modificación estructural es. Por esta indeterminación del legislador, la doctrina⁵⁴ ha defendido que hubiera sido mejor considerar a la constitución de sociedad íntegramente participada una modificación estructural autónoma o bien, un tipo de escisión.

⁵³ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.: “La Ley de Modificaciones Estructurales...”, pg.46.

⁵⁴ IBID.

Estudiando sus caracteres, se percibe cierta similitud con la segregación. En ambas figuras se produce la transmisión en bloque del patrimonio de una sociedad a otra; con la diferencia de que en la segregación pueden transmitirse una o varias partes del patrimonio, en la filialización se transmite todo el patrimonio. La doctrina considera que son las características de este traspaso lo que ha llevado al legislador a diferenciarla de la segregación⁵⁵. El modo de transmisión es la sucesión universal en la segregación, sin embargo, en el art.74 LME el legislador no expresa esta especialidad común a todas las clases de escisión, aunque la doctrina muestra cierta unanimidad⁵⁶ al defender que al aplicar las normas de la escisión a la filialización implícitamente se está reconociendo la sucesión universal en esta figura, ya que la especialidad de la escisión como modificación estructural reside en la sucesión universal. A su vez, la sociedad beneficiaria en una filialización tiene que ser única y de nueva creación mientras que en la segregación puede haber una o varias sociedades beneficiarias sin la necesidad de que sean de nueva creación. Ha sido criticada tal exigencia, porque si como reza el título del art. la pretensión del legislador es la constitución de una sociedad íntegramente participada, podría haberse logrado igualmente con una sociedad preexistente íntegramente participada⁵⁷. La contraprestación es la misma en ambas figuras, pues la sociedad transmitente recibe de la beneficiaria o beneficiarias acciones, participaciones o cuotas, pero en la filialización siempre se produce la fenomenología que rodea a la sociedad holding; es decir, la sociedad transmitente al haber transmitido todo el patrimonio en bloque pasa a estar en un estado de inoperatividad , aunque ello no le

⁵⁵ RODRIGUEZ ARTIGAS, F.: “Comentario al Proyecto de Ley...”, *RdS*, N° 31, 2008, pg.65.

⁵⁶ IBID. Aquellos contrarios a la integración de la sucesión universal a través de la aplicación de las normas de la escisión, también reconocen que es indiferente para los acreedores tal hecho ya que no les supone ningún perjuicio la operación, porque la sociedad holding sigue teniendo el mismo patrimonio pero de cualidad distinta; recogido por FERRANDO VILLALBA, L.: “ La escisión de sociedades en la LMESM de 2009: las pretendidas novedades de una reforma incompleta”, *Noticias de la Unión Europea*, N° 309, 2010, pg.32.

⁵⁷ ASTORGA MORANO, R.: “El nuevo régimen legal de la escisión de sociedades: principales novedades: ámbito subjetivo, la segregación y la constitución de sociedad íntegramente participada mediante la transmisión del patrimonio”, *Cuadernos de derecho y comercio*, N° 53, 2010, pg.145. Observa como aquellas sociedades que ya tengan filiales y quieren reunir todas ellas en una única sociedad filial, tendrá en primer lugar que crear una nueva sociedad beneficiaria de todo el patrimonio de la sociedad madre y posteriormente fusionar la nueva filial creada con las antiguas filiales. Por ello, se insta al legislador que o bien se establece el carácter imperativo para el supuesto contemplado en el 72 LME o si no un estilo voluntarista debería permitir la operación anterior o aquella en la que se transmite el total del patrimonio a varias sociedades dado que no encaja “literalmente” ni en el 71 ni en el 72 LME, así se ha manifestado ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “La reforma de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles: Adaptación a la Directiva 2009/109/CE y otras modificaciones necesarias”, *RMV*, n°8, 2011, pg.129.

impediría continuar el objeto social pero por vía indirecta al ser propietario del montante total de las acciones, participaciones o cuotas de la filial⁵⁸.

Por último, también se observa la similitud con la cesión global de activo y pasivo, recogida en el art.81, la cual sí que contempla la sucesión universal como modo de transmitir en bloque todo el patrimonio; si bien la gran diferencia es que no tiene por qué haber un único beneficiario y la contraprestación nunca podrá ser en forma de acciones, participaciones o cuotas del socio del cesionario.

b) Las aportaciones no dinerarias.

Como tuvimos ocasión de estudiar en el apartado sobre la historia legislativa de la escisión parcial y la segregación, durante largos años, la segregación era una figura ajena al Derecho español. A pesar de diversos intentos tanto de la doctrina como de los Registradores, la figura no se le pudo aplicar analógicamente la normativa sobre la escisión tras la negativa de diversas resoluciones de la DGRN y el Tribunal Supremo, por lo que, se veía subsumida en las aportaciones no dinerarias. Su regulación se encontraba en los arts.37 y siguientes del TRLSA (en la actualidad se recogen en los art.63 y siguientes de la LSC). La característica fundamental de su régimen, que las aleja de la escisión, es la transmisión singular de los elementos de la unidad económica sin producirse el fenómeno de la sucesión universal así como el papel predominante de los administradores, en contraposición a la escisión donde la junta de socios es la que aprueba la operación escisoria.

Con la promulgación de la LME y el reconocimiento de la segregación como clase de escisión, la doctrina se planteó la pregunta inversa a la trazada durante la vigencia del régimen escisorio de la LSA; es decir, si sería ahora la aportación no dineraria la que tendría que regirse por el régimen de la segregación o incluso hasta desaparecer como operación de reestructuración.

⁵⁸ ALONSO LEDESMA, C.: “La segregación y constitución de sociedad íntegramente participada mediante transmisión del patrimonio”, en AA.VV, *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Tomo II*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009 pg.525. Donde también afirma la viabilidad de la creación de un holding vía segregación, pero la gran diferencia es que en la filialización se realiza mediante la transmisión de todo el patrimonio en un solo bloque y en la segregación se debe dividir el patrimonio en varias partes.

La doctrina no se muestra unánime sobre este asunto. La posición mayoritaria defiende el derecho de opción de las sociedades⁵⁹; es decir, a la hora de transmitir una parte del patrimonio que constituya una unidad económica pueden elegir entre un procedimiento “especial” de sucesión universal, o bien, transmitir singularmente cada elemento de una unidad económica. Por consiguiente, volvemos a la disyuntiva de la elección entre la modificación estructural como caso especial de reestructuración empresarial o bien, acudir a la normativa general recogida en la LSC sobre aportaciones no dinerarias, en otras palabras, una genérica reestructuración empresarial.

La opinión disidente al derecho de opción⁶⁰, argumenta la imperatividad del art.71 LME, defendiendo la sinonimia entre segregación y aportación de rama de actividad fiscal porque en ambos casos lo que se transmite es una unidad económica, por lo que sólo en aquellos casos donde lo aportado no constituya una unidad económica, se podría aplicar la normativa relativa a las aportaciones no dinerarias de la LSC. Añadiendo que gracias a la obligatoriedad del régimen, los socios y acreedores se encontrarían plenamente protegidos mientras que siguiendo un criterio de opción podría llegar a desaparecer la protección a los mismos.

Aquellos defensores del derecho de opción han reconocido la intensidad de la protección de acreedores y socios gracias al procedimiento escisorio, que posteriormente detallaremos. También argumentan, y con razón, cómo socios y acreedores no se ven desamparados ante un proceso de aportación no dineraria, si bien, el proceso sería más sencillo dado que no se produce la sucesión universal⁶¹. En efecto, si se está constituyendo una nueva sociedad, al otorgar la escritura de constitución, están aceptando la aportación no dineraria al formar parte del contenido de la misma⁶²; en el supuesto de ampliación de capital, la sociedad beneficiaria tendrá que aprobar en junta

⁵⁹ Los últimos pronunciamientos a favor del derecho de opción, entre otros, ALONSO UREBA, A y RONCERO SÁNCHEZ, A.: “La viabilidad de la aportación de una unidad económica tras la introducción de la segregación por la ley de modificaciones estructurales”, *RdS*, nº34, 2010-2011, o CONDE TEJÓN, A: “Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles como subtipo de operaciones de reestructuración empresarial caracterizadas por la sucesión universal. (Solución al régimen aplicable a la aportación de rama de actividad y la cesión parcial de activo y pasivo.”, *RdS*, nº35, 2010-2011, o ALVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “La aportación de rama de actividad tras la regulación de la segregación en la Ley 3/2009 de Modificaciones Estructurales”, *Diario La Ley*, nº7253, 1 Octubre 2009

⁶⁰ RODRIGUEZ ARTIGAS, F.: “Escisión. Concepto. Función económica y clases. Requisitos”, en AA.VV, *Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, vol.2, Cizur Menor, Aranzadi, pgs.191, 193 y 194.

⁶¹ CONDE TEJÓN, A: “Las modificaciones estructurales...”, pg.84.

⁶² Arts. 20, 21, 22 LSC.

la misma, por lo tanto tampoco los socios se encuentran desprotegidos⁶³. Sin olvidarnos de que los socios tendrán a su disposición el informe del experto independiente si es una SA o de los administradores en los restantes casos⁶⁴. Por lo tanto, en sede de sociedad beneficiaria, observamos como los socios se encuentran plenamente protegidos.

La situación cambia en sede de sociedad transmitente, ya que los socios no tienen ni voz ni voto. A diferencia del procedimiento escisorio que requiere su aprobación por las juntas de socios, la decisión de realizar una aportación no dineraria es tarea única y exclusivamente de los administradores, obedeciendo a un régimen de carácter simplificado. También podría ocurrir que el administrador realice operaciones bajo el manto de una aportación no dineraria de tal envergadura que podría estar modificando el objeto social de la sociedad sin pasar por la junta de socios, usurpando así la competencia de la misma, sin ponerle freno el legislador⁶⁵. El legislador no se ha pronunciado sobre la cuestión, si bien la Recomendación 3 del Código Unificado de Buen Gobierno y una Resolución de la DGRN de 25 de abril de 1997 coinciden en que sería la junta general la competente para aprobar aquellas operaciones que implicasen el traspaso de activos esenciales que impliquen la modificación del objeto social o de actividades que supongan el núcleo de la actividad empresarial de la sociedad⁶⁶.

Pues bien este problema también se ha planteado en países de nuestro entorno⁶⁷. A este respecto, destaca Alemania con la jurisprudencia de su Tribunal Federal, el cual ha limitado la competencia de los administradores en las aportaciones no dinerarias desde la resolución del caso *Hölmüller*, al establecer que en las transmisiones de aportaciones dinerarias de cierta entidad, los socios deberán aprobarlo en junta dado que no es un acto de gestión. Posteriormente, los casos, *Macrotron* y sobre todo en *Gelatine*, han redefinido la *Hölmüller doktrin*, al sentar como requisitos para que surja esta competencia implícita de la *Hauptversammlung* o junta de accionistas, que la rama de actividad transmitida constituya un 80% de la actividad empresarial de la sociedad y que suponga un impacto drástico en los derechos de los

⁶³ Art. 289 y 296 LSC.

⁶⁴ Art.67 y 70 LSC.

⁶⁵ ALVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “La aportación de rama...”, *Diario La Ley*, nº7253, 1 Octubre 2009, pg.9 y ss.

⁶⁶ ALONSO UREBA, A y RONCERO SÁNCHEZ, A.: “La viabilidad...”, *RdS*, nº34, 2010-2011, pg.277.

⁶⁷ Recogido por ALONSO LEDESMA, C.: “Segregación...”, pg.505. También, señala como la COB francesa recomienda para aquella *apport partiel d'actif* significativa que “afecte a una parte esencial de la actividad y de los bienes de la sociedad que efectúa la operación o de aquella que la recibe, o cuando la aportación entraña un cambio de control de la sociedad beneficiaria”, ver nota a pie de página nº31.

accionistas de la sociedad madre, en todos los casos se refieren a grupo de sociedades. Igualmente se subraya la posibilidad de que voluntariamente el *Vorstand*, o consejo de administración, traslade voluntariamente la aprobación via junta de una aportación no dineraria con una magnitud considerable para así exonerarse de futura responsabilidad (93 Abs. 4s. 1 Akt)⁶⁸.

Con referencia a España, ante la situación de incertidumbre, tanto defensores como detractores del derecho de opción defienden que es necesaria una aclaración por parte del legislador. Bien, ciñéndose el legislador a la delimitación competencial en los supuestos de aportación de una o varias ramas de actividad⁶⁹, sin imponer a todas ellas la segregación porque ni es la finalidad de la LME ni tampoco supondría una desprotección de los intereses implicados⁷⁰, o bien, ir más allá, imponiendo la segregación a aquellas operaciones bajo las que se transmita una parte significativa o esencial del patrimonio societario aunque no suponga modificación del objeto social y dejando a la administración el derecho a optar en aquellos supuestos que no se transmita una parte esencial de la sociedad⁷¹.

Aunque, es conveniente reformar el régimen competencial de las aportaciones no dinerarias para evitar que los administradores puedan alterar el objeto social vía aportación no dineraria, no resultará una tarea fácil para el legislador delimitar los supuestos en los que será necesario la aprobación por la junta de aportaciones no dinerarias. Puede que el legislador vuelva a optar por un término indeterminado para trazar el límite entre las competencias de la junta o de los administradores, por ejemplo, servirse del término acuñado por la doctrina de “parte esencial” sin pararse a describir qué se entiende por la misma; como estudiaremos más adelante, así ha ocurrido, con el término unidad económica que se encuentra vacío de significación legal en la LME. Muy probablemente será tarea de los jueces, como ha sucedido en Alemania, la delimitación competencial en los supuestos de aportación no dineraria.

⁶⁸ Un análisis detallado de las sentencias post *Holz Müller doctrine* en : LÖBBE, M.: “ Corporate Groups: Competences of the Shareholders’ meeting and minority protection- The German Federal Court of Justice’s recent *Gelatine* and *Macrotron* Cases redefine the *Holz Müller* doctrine”, *The German Law Journal*, vol.5, nº9, 2004, pgs.1057-1079.

⁶⁹ ALONSO LEDESMA, C.: “ Segregación...”, pg.505

⁷⁰ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “La aportación de rama de actividad...”, pgs.15 y 16.

⁷¹ RODRIGUEZ ARTIGAS, F.: “Escisión parcial, Segregación y Aportación de rama de actividad”, *El notario del Siglo XXI*, nº32.

c) Las escisiones especiales.

El art.73 de la LME establece la supletoriedad del régimen de fusiones para las escisiones, excepto para las salvedades introducidas en el Capítulo II, del Título III, relativo a la escisión. Debido a esta circunstancia, surgen ciertas escisiones, que podríamos denominar especiales porque se acogen a un régimen procedimental simplificado. Este procedimiento ha sido recomendado por la doctrina⁷² como vía de escape al común más complicado y en estos casos especiales ciertamente innecesario.

De manera sucinta⁷³ nos referiremos a aquellos supuestos de fusiones especiales que se pueden también realizar mediante una escisión parcial. En primer lugar, la escisión impropia se encuadra en el art.49.1, referido a la sociedad íntegramente participada. El supuesto de hecho ocurre cuando una sociedad escindida está íntegramente participada por la sociedad beneficiaria, es decir, la sociedad beneficiaria o holding ostenta todas las acciones, participaciones o cuotas de la filial. Por lo tanto, si la filial escinde parcialmente una parte de su patrimonio, la sociedad holding no tendrá que ampliar su capital⁷⁴.

El supuesto inverso al anterior, y valga la redundancia, se denomina escisión inversa, se sitúa en el art.52 que regula aquellos supuestos en los que la sociedad escindida es la holding, es decir, la sociedad transmitente ostenta el 100% de las acciones, participaciones o cuotas de la sociedad beneficiaria. Pues bien, el bloque patrimonial a transmitir estará formado por acciones, por lo tanto reciben la sociedad beneficiaria sus propias acciones o participaciones, consecuentemente, ésta no tendrá que aumentar su capital social. Finalmente, la sociedad beneficiaria, como contraprestación, al ser una escisión parcial, entregará a los socios de la sociedad escindida esas participaciones proporcionalmente⁷⁵.

Una operación paralela a las anteriores, se denomina escisión gemelar. El supuesto de hecho se caracteriza porque la sociedad escindida y la sociedad beneficiaria

⁷² RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: “Escisión parcial...”.

⁷³ Un estudio pormenorizado de las fusiones especiales se puede consultar en: JUSTE MECÍA, J: “Fusiones especiales”, en AA.VV. *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Vol. 1, 2009, Cizur Menor, Aranzadi, pgs. 767-803.

⁷⁴ En el caso de que no esté la sociedad escindida no esté íntegramente participada, sino al 90% o más, también se acogerán a un régimen procedimental especial, art.50 LME.

⁷⁵ GARRIDO DE PALMA, V.M.: “Escisión”, en *La reestructuración empresarial y las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, pgs.196, 197.

son hermanas, es decir, son sociedades íntegramente participadas por un socio común. En este supuesto la sociedad escindida transmite parte de su patrimonio a su hermana o sociedad beneficiaria, reduciendo aquélla su capital en los casos que no se haga la operación con cargo a reservas. Dado que el padre, socio único de ambas sociedades al ostentar el total de participaciones de ambas hermanas, no recibirá como contraprestación participaciones de la beneficiaria⁷⁶.

3. La escisión parcial y segregación en Derecho comparado.

Tras el aterrizaje en la concepción de la escisión en España, emprendemos nuevamente vuelo hacia el tratamiento de la operación en Derecho comparado. Destacando, el letargo que ha sufrido la figura hasta su plena aceptación por el legislador mercantil extranjero, siendo la normativa fiscal, en muchos casos, la pionera en su tratamiento. Sin olvidarnos, del importante empuje realizado por la legislación comunitaria para la materialización de la escisión.

A) *Split-off* y *spin-off*: La escisión en EEUU.

Al igual que en España, el tema de la escisión en EEUU ha sido analizado en sus inicios desde un punto de vista fiscal, situándose el origen de la escisión parcial en el *Internal Revenue Code* de 1954. Las razones por las que se comenzó a utilizar la *spin-off* en EEUU son varias, entre las cuales destaca su utilización como fórmula para evitar los efectos adversos ante situaciones monopolísticas. El gobierno americano se ha visto forzado a requerir a diversas empresas la reducción de su tamaño para así evitar el abuso de poder. En efecto, el *Public Utility Holding Company Act* (1935) obligaba a la simplificación de holdings empresariales de utilidad pública (compañías eléctricas)⁷⁷.

El derecho norteamericano ha dividido la escisión parcial en dos figuras. En primer lugar, la *split-off* requiere a los accionistas entregar parte de sus acciones para ser intercambiadas por acciones de la nueva sociedad. Su participación accionarial en la sociedad escindida disminuye pero se ve compensada por las acciones en la nueva sociedad.

⁷⁶ MEMENTO EXPERTO.: “Reforma mercantil 2009...”, pg.1181.

⁷⁷ CONARD, A.: “Scissions or divisions”, en *International encyclopedia of comparative law*, Vol.13, Pt.2, pgs.90 y ss.

Por otra parte, el *spin-off* se asemeja a la escisión parcial española, ya que se caracteriza por la creación de una sociedad *subsidiary*, distribuyendo a los accionistas de la sociedad madre las acciones de la nueva sociedad. .

La segregación, como es reconocida en la LME, no tiene su homólogo en el Derecho norteamericano, si bien hay una figura destacable con ciertos tintes segregadores, la llamada *equity carve-out*. En esta modalidad, la sociedad madre saca a Bolsa un porcentaje pequeño de acciones de una nueva filial (*IPO-initial public offering*), generalmente manteniendo el ochenta por ciento de las mismas, obteniendo liquidez inmediata y con la posibilidad de posteriormente transmitírselas, mediante una *spin-off*, a los accionistas de la sociedad madre⁷⁸. La similitud con la segregación española está en la capacidad de retención de la sociedad madre de las acciones de la filial; si bien en España la sociedad madre adquiere todas las acciones, en EEUU tiene que hacer una IPO parcial de aproximadamente un veinte por ciento del capital.

La característica fundamental que diferencia las *spin-off* de las *equity carve-out* es que en estas últimas la sociedad recibe dinero a cambio mientras que en una *spin-off* la sociedad madre no lo recibe⁷⁹. También, el control que ejerce la sociedad madre sobre la sociedad creada es mayor en una *equity carve-out*⁸⁰, por lo que en aquellos casos donde el objetivo de la sociedad madre no sea la obtención de liquidez y además desee la independencia de la sociedad creada se decantará por una *spin-off*.

Cabe añadir, como los estudios empíricos han demostrado que en procesos de *spin-off*, la posición en el mercado de la sociedad madre y la nueva sociedad se consolida, mientras que en un *carve-out*, siempre lleva el adjetivo a su lado de la insolvencia dado que es utilizado generalmente por empresas que necesitan financiación de manera urgente por lo que a la larga las hace menos atractivas para los inversores⁸¹.

⁷⁸ DE PAMPHILIS, D.: “*Mergers, Acquisitions, and Other Restructuring Activities: an integrated approach to process, tools and solutions*”, 5ª edición, 2010, Elsevier, pg.590-591.

⁷⁹ Un estudio que recoge tanto los resultados de investigaciones anteriores, confirmando parte de los mismos, estableciendo la necesidad de “cash” como el factor determinante que impera para decidirse por un *carve-out* en vez de por un *spin-off*, se encuentra en FRANK, K.E y WILLIAM HARDEN,J.: “Corporate restructurings: a comparison between equity carve-outs and spin-offs” , en *Journal of Business, Finance and Accounting*, 28 (3), (4), Abril-Mayo, 2001, pg.525.

⁸¹ PETTIT,J.: “Carve outs and spin-offs”, *Invest Banking-UBS*, abril, 2004, pg.4; GEERSING, B.: “What creates more value: Equity carve-outs versus Spin-offs?”, Junio, 2007, pg.19, disponible en: www.ssrn.com

Finalmente, una *spin-off*, no presenta carga impositiva alguna si satisface los requisitos establecidos en la sección 355⁸² del *Internal Revenue Service Code Section* como por ejemplo que la sociedad madre debía tener un control real antes de la *spun off*, normalmente un ochenta por ciento de las acciones o la operación tiene que tener un carácter empresarial no únicamente la evasión impositiva.

B) La escisión en Europa.

Las notas principales del tratamiento de la escisión parcial y la segregación en la legislación continental son la diversidad de los distintos regímenes, en cierta medida armonizados por Europa, y, en ocasiones, el desinterés del legislador hacia esta figura.

Alemania consideró durante muchos años la figura como algo “exótico, no se consideraba un producto nacional”⁸³. No sería hasta entrados los años 90 y con motivo de la incorporación la sexta Directiva al derecho alemán cuando se introduce la escisión o *spaltung*. En efecto, la *Umwandlungsrechts*⁸⁴ en su libro segundo introduce la figura de la escisión “*Spaltung*”, concretamente el apartado segundo del artículo 123 recoge la figura de la escisión parcial “*Abspaltung*” y en el apartado tercero, la figura de la “*Ausgliederung*” nuestra actual segregación, siendo Alemania uno de los pocos países que se atrevieron a reconocerla. Ambas figuras escisorias se pueden realizar por absorción o por la constitución de sociedades (*zur Aufnahme o Neugründung*), recogiendo así la clasificación realizada por la Sexta Directiva.

El Código civil suizo⁸⁵ no establece la segregación como forma de escisión si no que nuevamente sólo diferencia entre escisión total (*division*) y parcial (*séparation*) en el artículo 29 apartados 1 y 2 respectivamente. Si bien la figura de la *transfert de patrimoine*, aunque no se puede equiparar a la figura de la segregación, puede guardar cierta similitud dado que el contrato de transmisión patrimonial no especifica el tipo de contraprestación⁸⁶ por lo que podría ser acciones o participaciones de la sociedad beneficiaria a la sociedad transmitente; sin embargo, no encajaría dentro de los supuestos de escisión suizos debido a que el legislador sí establece que la

⁸³ CONARD, A.: “Scissions...”, pg.90.

⁸⁴ *Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts* de 28 octubre de 1994, posteriormente modificada el 25 de abril de 2007 para la introducción de las fusiones transfronterizas.

⁸⁵ RS 221.301 Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine.

⁸⁶ Art.71.d: Une éventuelle contre-prestation.

contraprestación, en forma de acciones o participaciones, es recibida por los socios de la sociedad transmitente serán aplicable el capítulo 3 referido a la escisión⁸⁷.

También el Código civil neerlandés diferencia entre la escisión total o *zuivere splitsing* y la escisión parcial o *afsplitsing*⁸⁸ y a pesar de que no menciona la segregación si contempla la constitución de sociedad íntegramente participada en el art.334⁸⁹ al establecer que no se produce la extinción de la sociedad escindida cuando ésta adquiere todas las acciones de la sociedad beneficiaria de la escisión⁹⁰.

En el país vecino, Bélgica, el *Código des Sociétés* se caracteriza por proporcionar un amplio espectro de modificaciones estructurales. En efecto, la *fusion*, *scission*, *l'apport d'universalité* (holding) y *l'apport de branche d'activité* (holding mixte) son operaciones de reestructuración⁹¹. La escisión parcial es considerada una forma de aportación asimilada a la escisión debido a que el *Código* define escisión total y fusión total y las parciales se consideran operaciones asimiladas a las mismas debido a que no se produce la extinción de la sociedad⁹².

Sin embargo, la aportación universal y de rama son figuras independientes que no son asimiladas a las figuras de la escisión o a la fusión. La *l'apport d'universalité*, recogida en el art.678⁹³ guarda relación con nuestra constitución de sociedad íntegramente participada debido a que gracias esta figura una empresa, sin disolverse, transfiere todos sus activos y pasivos a una o varias sociedades ya existentes o nuevas, siendo la contraprestación acciones de la sociedad/es beneficiarias; siendo denominada por la doctrina belga como *scission-holding*⁹⁴. El artículo siguiente⁹⁵ define la *l'apport*

⁸⁷ Art.69.1: "Le chapitre 3 s'applique si les associés de la société transférante reçoivent des parts sociales ou des droits de sociétariat de la société reprenante".

⁸⁸ Art. 334.a.1 y 2 del Burgerlijk Wetboek.

⁸⁹ Art.334c.2: "Lid 1 geldt niet, indien ten minste een verkrijgende rechtspersoon een bij de splitsing opgerichte naamloze of besloten vennootschap is en de splitsende rechtspersoon daarvan bij de splitsing alle aandelen verkrijgt".

⁹⁰ Una traducción del código neerlandés ha sido realizada por VAN REIGERSBERG VERLUYS, J.G.: "*Derecho comercial neerlandés: las personas jurídicas*", 1999.

⁹¹ MALHERBE, J, et al.: "*Droit des sociétés, précis: Droit communautaire, droit belge*", Bruylant, 2009, pgs.996-997.

⁹² Art. 677. "Sont assimilées à la fusion ou à la scission, les opérations définies aux articles 671 à 675, sans que toutes les sociétés transférantes cessent d'exister".

⁹³ Art.678: "L'apport d'universalité est l'opération par laquelle une société transfère, sans dissolution, l'intégralité de son patrimoine, activement et passivement, à une ou plusieurs sociétés existantes ou nouvelles, moyennant une rémunération consistant exclusivement en actions ou parts de la ou des sociétés bénéficiaires des apports".

⁹⁴ IBID, 1060.

de branche d'activité como la operación por la que una sociedad transfiere a otra una rama de actividad, tanto activo como pasivo, recibiendo a cambio acciones de la sociedad beneficiaria; por lo tanto, esta figura se asemeja a nuestra segregación, si bien como antes comentamos no se encuadra dentro del régimen de la escisión, teniendo su propio procedimiento.

En el caso de Italia, la escisión o “*scorporazione*” ha sido una figura de tipo jurisprudencial cuyo origen se remonta al año 1956 cuando la Corte de Apelación de Génova en Decreto (9.02.1956) admitió la validez del acuerdo social por el cual se produce la reducción de capital de la sociedad “*scorporante*” y la constitución de una sociedad con esa porción del capital de la sociedad escindida. La Corte se basó para admitir la validez de la escisión en la posibilidad de aplicación del Art.1322 del *Codice Civile Italiano* sobre contratos atípicos a este acto unilateral de la sociedad⁹⁶. Tuvo que pasar casi medio siglo hasta que el legislador se decidiese por la introducción de la *scissione*, como una figura independiente, en el *Codice Civile*. La razón fundamental fue la adaptación de la legislación italiana a la Sexta Directiva⁹⁷.

Su regulación actual⁹⁸ se encuentra en el artículo 2506 y siguientes. La reforma del 2003 ha encuadrado correctamente la figura de la escisión al utilizar la palabra *assegnazione* en vez de *trasferimento*, utilizado en el antiguo 2504-septies. Así se consiguen disipar las dudas que surgían con el anterior tratamiento dado que la doctrina veía la posibilidad de ser una forma de “*trasferimento*” del patrimonio societario cuando lo que realmente se produce es una modificación del contrato societario⁹⁹. El art.2506 sólo establece dos tipos de escisión, la total o parcial. Una vez más la segregación o *conferimento di azienda*¹⁰⁰ tampoco es una figura escisoria sino que es una figura independiente que se caracteriza porque la sociedad *conferente* otorga al *conferiatarario*, que es otra sociedad, una rama de actividad o la actividad empresarial en sí misma recibiendo a cambio la sociedad *conferente* acciones o participaciones de la

⁹⁵ Art.679: *L'apport d'une branche d'activités est l'opération par laquelle une société transfère, sans dissolution, à une autre société une branche de ses activités ainsi que les passifs et les actifs qui s'y rattachent, moyennant une rémunération consistant exclusivement en actions ou parts de la société bénéficiaire de l'apport.*

⁹⁶ GUASCH MARTORELL, R.: “La escisión de sociedades en el derecho español: la tutela de los intereses de socios y acreedores”, Civitas, Madrid, 1993, pgs.34 y ss.

⁹⁷ D.Lgs.16 gennaio 1991, n.22, in attuazione della VI direttiva CEE in materia societaria.

⁹⁸ Sección modificada por el D.LGs.17 gennaio 2003,n.6 riforma del diritto societario.

⁹⁹ BUONO, D (et al.): “*Fusioni e scissioni*”, IPSOA-Wolters Kluwers, pgs.281-283.

¹⁰⁰ Se encuentra recogido en los arts.2342, 2343 referentes a las sociedades cotizada y para la sociedad limitada en los artículos 2464 y 2465 del *Codice Civile*.

sociedad *conferitaria*¹⁰¹. La doctrina¹⁰² aunque reconoce la similitud entre ambas figuras el hecho de que las acciones o participaciones son recibidas por la sociedad conferente y que sea una competencia exclusiva de los administradores y no de la Junta general provoca que entienda que el conferimento sea considerada una figura independiente a la escisión.

Por el contrario, Francia sí recoge la figura de la *scission* en su legislación desde muy antiguo, pues aparece por primera vez en la *Loi sur les Sociétés Commerciales* de 24 de Julio de 1966 donde la escisión parcial se considera una “*apport partiel d’actif*”. Cabe destacar la importancia de esta Ley al ser la primera que intenta regular la figura de la escisión, estableciendo un sistema de protección de los socios y acreedores de las sociedades que intervienen en la escisión¹⁰³.

El *Code du commerce* las incluye actualmente en el Libro II “De las sociedades mercantiles y de las agrupaciones de interés económico”, concretamente en el capítulo VI “De la fusión y la escisión” dentro del Título VII, contempla la posibilidad de aplicar a la *apport partiel d’actif*¹⁰⁴ el régimen de la escisión, por lo que las sociedades se presentan con un derecho de opción entre el régimen normal de aportaciones o el de la escisión. Si eligen el régimen escisorio, entendemos, en base al art.236.3 que se transmitiría por sucesión universal¹⁰⁵ la *apport partiel* pero sin disolverse la sociedad escindida, siendo, por regla general, las sociedades beneficiarias responsables solidarias por las deudas contraídas por dichas sociedades, si bien, se puede acordar que únicamente respondan de la parte del pasivo que respectivamente le corresponda.

Cruzando el Canal de La Mancha, en Reino Unido, nos encontramos quizás con una regulación bastante simplista que se limita a seguir los dictados de la

¹⁰¹ La doctrina aunque reconoce la similitud entre ambas figuras el hecho de que las acciones o participaciones son recibidas por la sociedad conferente y que sea una competencia exclusiva de los administradores y no de la Junta general provoca que no pueda considerarse el conferimento di azienda

¹⁰² Un análisis detallado tanto civil, fiscal y contable de ambas figuras se ha recogido por BUFFELI, G., SIRTOLI, M.: “*Le operazioni straordinarie delle società*”, Giuffrè, 2006, pgs.185-341

¹⁰³ IBID, pgs.28 ss.

¹⁰⁴ Referente a sociedades anónimas Art.L.236-22: “La société qui apporte une partie de son actif à une autre société et la société qui bénéficie de cet apport peuvent décider d’un commun accord de soumettre l’opération aux dispositions des articles L. 236-16 à L. 236-21”. Y relativo a las sociedades limitadas: Art.L236-24: “La société qui apporte une partie de son actif à une autre société et la société qui bénéficie de cet apport peuvent décider d’un commun accord de soumettre l’opération aux dispositions applicables en cas de scission par apports à des sociétés à responsabilité limitée existantes”.

¹⁰⁵ Así también la jurisprudencia francesa: “Les biens, droits et obligations attachés à la branche d’activité apportée sont transférés à la société bénéficiaire de l’apport même s’ils ne figurent pas dans le traité d’apport (Cass. com. 4 février 2004 n° 261 F-D. Sté White SAS c/ Bertrand ès qual)”.

legislación comunitaria, por ejemplo la última reforma del *Companies Act 2006* a través del *The Companies (Mergers and Divisions of Public Companies) (Amendment) Regulations 2008*, introduce las modificaciones en referencia a la no obligatoriedad del informe de expertos independientes en las *mergers* o fusiones únicamente, ya que en las *divisions* o también llamadas *demergers* ya se preveía la no obligatoriedad del informe si se cumplían ciertos requisitos¹⁰⁶. Las escisiones o *divisions* se encuentran en la Part 27 “*Mergers and Divisions*”, Chapter 2. No distingue expresamente entre escisión total o parcial, si bien, entre el contenido del *Draft terms of scheme*¹⁰⁷ es necesario que se determine el número de acciones que la sociedad beneficiaria o *transferee company* asignará a los socios de la sociedad escindida o *transferor company*, por lo que evidencia la posibilidad de escisión parcial. Sin embargo, la figura de la segregación no entra dentro de las *divisions* al prohibir como parte del acuerdo escisorio el “*allotment*”¹⁰⁸, o distribución de las acciones a la sociedad beneficiaria a la sociedad escindida.

Cabe destacar, por otra parte, el reconocimiento de la sucesión universal al establecer que con las *divisions* se transferirán *undertaking, property and liabilities* si bien, respecto de las obligaciones o liabilities la sociedad escindida ya no responderá por las obligaciones transmitidas, las sociedades beneficiarias responderán de las deudas incumplidas por otra sociedad beneficiaria pero hasta el límite del *net value transferred*¹⁰⁹ o activo neto. Existe una excepción, los acreedores de la sociedad escindida pueden frenar la transmisión de las obligaciones a las sociedades beneficiaria si así lo acuerdan el 75% de los acreedores o de una clase de acreedores¹¹⁰.

¹⁰⁶Explanatory Memorandum, 2008, n°690, disponible en: http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2008/690/pdfs/ukxiem_20080690_en.pdf (16.11.2011) También, un análisis de la reforma en HANNIGAN, B. et al: “*Hannigan and Prentice - The Companies Act 2006 : a commentary*”, LexisNexis, 2009, pgs.248 y ss.

¹⁰⁷ 290.2(b): “The number of shares in a transferee company to be allotted to members of the transferor company for a given number of their shares (the “share exchange ratio”) and the amount of any cash payment”.

¹⁰⁸ 930: “No allotment of shares to transferor company or its nominee (division).

The scheme must not provide for shares in a transferee company to be allotted to the transferor company (or its nominee) in respect of shares in the transferor company held by it (or its nominee)”.

¹⁰⁹ 940.1: “In the case of a division, each transferee company is jointly and severally liable for any liability transferred to any other transferee company under the scheme to the extent that the other company has made default in satisfying that liability. (...). 3: The “net value transferred” is the value at the time of the transfer of the property transferred to it under the scheme less the amount at that date of the liabilities so transferred”.

¹¹⁰ 940.2. f) “a majority in number representing 75% in value of the creditors or any class of creditors of the transferor company, present and voting either in person or by proxy at a meeting summoned for the

Finalmente, también encontramos una modalidad escisoria en el *Insolvency Act 1986*, concretamente en el art.110¹¹¹ referente a la liquidación de la empresa, ofrece la posibilidad de que el liquidador realice una escisión total o parcial de la empresa insolvente, recibiendo de la sociedad beneficiaria, en este caso puede ser una única sociedad, anónima o limitada, la contraprestación en forma de acciones, pólizas o intereses para distribuir entre los miembros de la sociedad escindida, si es sociedad anónima, si es limitada recibirá participaciones de la misma.

En último lugar y no por ello menos importante, el Derecho portugués estableció por primera vez¹¹² la figura de la escisión como figura paralela¹¹³ a la fusión en el DL n° 598/73 que posteriormente fue derogado por el actual *Código das sociedades comerciais*¹¹⁴ que establece tres modalidades de escisión en su art.118, n°1, la *cisão simples* consistente en la escisión de parte del patrimonio para constituir otra sociedad, la *cisão-dissolução* que supone la división de todo el patrimonio para la constitución de una nueva sociedad y a su vez disolver la sociedad y por último la *cisão-fusão* donde se produce una escisión total o parcial y a su vez una fusión total o parcial con otras sociedad ya existentes o creadas a raíz de este proceso.

En relación con la escisión parcial nos interesa la *cisão parcial-fusão total*, donde se escinde parte de la sociedad y se fusiona con una sociedad ya existente permaneciendo la sociedad escindida o la *cisão parcial-fusão parcial* donde se escinde parte de la sociedad para fusionarla con partes del patrimonio de otra u otras sociedades, separadas por el mismo procedimiento¹¹⁵. Por lo tanto, la regulación de la escisión refleja que nos encontramos ante dos tipos genéricos de escisión, la total o parcial, con diversas especificaciones pero sin rastro de la posibilidad de segregación. En efecto, el

purposes of agreeing to the scheme, so agree, subsection (1) does not apply in relation to the liabilities owed to the creditors or that class of creditors.”

¹¹¹ 110.1: “This section applies, in the case of a company proposed to be, or being, wound up voluntarily, where the whole or part of the company’s business or property is proposed to be transferred or sold [F1(a)]to another company (“the transferee company”), whether or not the latter is a [F2company registered under the Companies Act 2006][F1, or(b)to a limited liability partnership (the “transferee limited liability partnership)””.

¹¹² Fue el primer Decreto Lei que analizó ampliamente la figura de la escisión, si bien anteriormente, hubo referencias en leyes dispares sobre la figura, la primera manifestación se produjo en el DL n°1/72, de 3 de Janeiro, relativo a los auditores de cuentas y sociedades de auditores de cuentas, este Decreto Lei establecía en su art.98, n°3, la posibilidad de que sociedades extranjeras participasen en auditorías portuguesas mediante su escisión.

¹¹³ VENTURA, R: “*Fusao, Cisao, Transformacao de Sociedades*”, Almedina.

¹¹⁴ Lei n°.1/04, de 13 de Fevereiro.

¹¹⁵ BAXE, D.S.A.: “*A tutela dos direitos dos sócios em sede de fusao, cisao e transformacao das sociedades*”, Almedina, 2010, pg.44.

apartado 2 del art.129, establece que los socios serán los participantes en la nueva sociedad¹¹⁶ por lo que no hay dudas de que la segregación no es una escisión en el Derecho portugués y como, al igual que el legislador español, el legislador luso considera aplicable a la escisión el régimen de la fusión, con las adaptaciones necesarias¹¹⁷; así adaptando el art.112.b) a la escisión, se puede afirmar que los socios de la sociedad “escindida” se convierten en socios de la sociedad beneficiaria, ya sea nueva creación o no¹¹⁸.

Cabe añadir, por último, que tampoco la legislación fiscal menciona la segregación, pues al igual que en la legislación española, establece la aportación de rama de actividad “*entrada de activos*”¹¹⁹ ” como una figura independiente a las modalidades de escisión.

III. FUNCIÓN ECONÓMICA

En Wall Street y a esta orilla del Atlántico, la tendencia de moda¹²⁰ en el 2011 en el mercado de valores es, sin lugar a dudas, la escisión de filiales. Motorola Mobility (USA), Fiat industrial (Italia) o Aperam Stainless Steel del grupo Arcelor Mittal (Luxemburgo) han sido escindidas de sus respectivos grupos en el año 2011.

Es una operación que cuenta con el apoyo de los inversores debido a que durante el proceso escisorio pueden evaluar la futura “performance” de la filial que se independiza de la madre¹²¹ pero también cabe añadir que existe la tendencia de las empresas escindidas a obtener unos resultados de cotización en un diez por ciento

¹¹⁶ 129.2 - A participação dos sócios da sociedade cindida na formação do capital da nova sociedade não pode ser superior ao valor dos bens destacados, líquido das dívidas que convencionalmente os acompanhem.

¹¹⁷ Art.120: “É aplicável à cisão de sociedades, com as necessárias adaptações, o disposto relativamente à fusão”

¹¹⁸ Art.112.b) “Os sócios das sociedades extintas tornam-se sócios da sociedade incorporante ou da nova sociedade”.

¹¹⁹ Art.Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas: “Considera-se entrada de activos a operação pela qual uma sociedade (sociedade contribuidora) transfere, sem que seja dissolvida, o conjunto ou um ou mais ramos da sua actividade para outra sociedade (sociedade beneficiária), tendo como contrapartida partes do capital social da sociedade beneficiária.”

¹²⁰ FERNÁNDEZ,D.: “Divide y vencerás”, *El País, sección Negocios*, 13 Marzo 2011, pg.29.

¹²¹ TAYLOR, A.: “Corporate spin-offs: 2011’s hot trend” en: <http://www.fool.com/investing/value/2011/01/13/corporate-spinoffs-2011s-hot-trend.aspx> (16.11.2011)

superiores a los de las empresas competidoras, por lo que los gurús de Wall Street han visto como las spin-off son perfectas para invertir¹²².

Pero las anteriores razones no son las únicas para emprender este tipo de reestructuración empresarial, la doctrina ha analizado meticulosamente el comportamiento de las empresas para entender las razones que hay detrás de un proceso reestructurador de disminución de tamaño.

Los primeros estudios¹²³ llegaron a la conclusión que no se incrementaría el valor de una empresa por realizar una reestructuración de manera arbitraria sino que dos de los factores a tener en cuenta serían la información disponible y los costes de la transacción.

Estudios posteriores comprobaron como un proceso de *downsizing* empresarial podría crear valor para la empresa dado que podía ser una buena fuente para incentivar a los directivos como también para que los accionistas puedan controlar mejor a los mismos.

Finalmente, también se ha considerado como una forma de reducción de asimetrías de información dado que generalmente el consejo de administración tiene más información que los “outsiders”.

En este apartado se desarrollarán las diferentes funciones que la doctrina ha acuñado como típicas de ambas figuras, aportando ejemplos de la práctica empresarial.

¹²² GREENBLATT, J.: “*You can be a stock market genius - Uncover the Secret Hiding Places of Stock Market Profits*”, Fireside, 1999, pgs.56 y ss.

¹²³ FRED WESTON, J., MITCHEL, M., HAROLD MULHERIN, J.: “*Takeovers, Restructuring, and Corporate Governance*”, 4ª edición, 2004, Pearson-Prentice Hall, pgs.295 y ss. Se analizan las diferentes posiciones teóricas a lo largo del siglo XX. Se vislumbran tres frases diferencias, la primera con Modigliani y Miller y su teoría de la irrelevancia en los años 60, seguidamente en los 70 Alchian y Demsetz o Jensen y Meckling subrayan los incentivos a los directivos así como un mayor control de los accionistas como puntos claves para una reestructuración de reducción de tamaño. Finalmente en los años 80, 90 las posiciones doctrinales de Myers y Majluf o Nanda, advirtieron que las asimetrías de información eran otra de las causas a tener en cuenta para realizar un proceso de reestructuración de este tipo.

1. *Risk aversion*: “terapia preventiva”¹²⁴ vs. “terapia de choque”

La escisión parcial es un instrumento utilizado para anticiparse a diversos problemas que pueden surgir en la sociedad, como es evitar el mal hacer de determinados socios. En efecto, una sociedad familiar, donde los hijos comienzan a implicarse en la misma, con una escisión parcial se conseguiría que las masas patrimoniales principales sean conservadas por la sociedad escindida mientras que los hijos controlarían las sociedades beneficiarias cuyo valor es menor¹²⁵.

Los conglomerados empresariales americanos del tabaco también se han visto obligados a realizar *spin-offs* debido a que no querían que los litigios relacionados con sus tabacaleras afectaran a otras ramas de la empresa como podían ser la alimentaria. Este fue el caso de la empresa RJR NABISCO que en 1998 escindió OREO cookies de Cammel cigarretes, alegando que eran negocios completamente diferentes sin ningún nexo común¹²⁶. Más recientemente, en 2007, Altria (anteriormente denominada Philip Morris Companies Inc) escindió Kraft foods, centrándose Altria solamente en tabaco y vinos¹²⁷.

La escisión y segregación se ha utilizado también como terapia de choque ante graves problemas de las empresas como son los conflictos entre socios. Gracias a esta figura se pueden crear varias sociedades y así repartir los grupos de socios enfrentados entre la sociedad escindida y las nuevas sociedades¹²⁸, por lo que las “escisiones de accionistas se convierten en escisiones societarias¹²⁹”. Siendo necesario el consentimiento individual de los socios de la sociedad escindida en los casos donde no se les atribuyan acciones, participaciones o cuotas de todas las sociedades beneficiarias (Art.76 LME).

¹²⁴ MARINA GARCÍA TUÑÓN, A: “Escisión parcial: concepto y requisitos”, en AA.VV. *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Aranzadi, Cizur Menor, pg.441.

¹²⁵ IBID, 442.

¹²⁶ *RJR NABISCO* Lawyers at the gate, *The Economist*, 11 Marzo 1999 donde Steven Goldstone (chief executive de RJR NABISCO) intentaba “apagar el fuego” avivado por los abogados que interpusieron las demandas contra la tabacalera habían generado al argumentar que RJR NABISCO estaba intentando reducir el capital para no poder hacer frente a las demandas millonarias que se le venían encima pero la realidad era diferente dado que la rama alimentaria seguiría siendo parte del holding empresarial.

¹²⁷ http://www.altria.com/en/cms/About_Altria/At_A_Glance/Our_History/default.aspx (16.11.2011)

¹²⁸ CERDÁ ALBERO, F.: “La escisión de sociedades”, Tirant lo Blanch, 1993, pgs.46-48.

¹²⁹ ROJO BELTRÁN, A.: “La escisión” en AA.VV., *La reforma del derecho español de sociedades de capital*, Madrid, 1987, pg.666.

La segregación, por su parte, ha sido utilizada en España, en los últimos tiempos, como técnica de reflote empresarial debido a la crisis financiera en la que estaban sumidas. Por ejemplo, la inmobiliaria Colonial SA entre el plan de refinanciación de deuda, los administradores de la sociedad proponían la segregación de la rama de actividad de gestión de suelo y promociones propias de Inmobiliaria Colonial a favor de Colren SLU¹³⁰, ya que con la ampliación de capital de Colren y los beneficios que se obtuviesen de esta sociedad se destinarían a lograr la amortización la deuda¹³¹.

Otro sector gravemente afectado por la crisis ha sido el de las Cajas de Ahorros¹³², debido a ello, se promulgó el RDL 11/2010¹³³ para fortalecer la debilitada situación en la que se encontraban. Entre las medidas establecidas, el Título IV es de gran interés para nuestro trabajo ya que implanta un nuevo modelo organizativo para las Cajas de Ahorro; establece dos opciones, con la primera se lleva a cabo el ejercicio indirecto de la actividad financiera de la caja a través de la aportación a un banco de su negocio financiero siendo necesaria una participación en ese banco de un 50% o más¹³⁴. La segunda opción consiste en la transformación de la Caja de Ahorros en una fundación que manteniendo la actividad benéfico-social que tenía como Caja de Ahorros. La actividad financiera se traspasa a una entidad de crédito mediante una operación de segregación, recibiendo la fundación acciones de la entidad financiera beneficiaria de la citada segregación.

Esta última técnica ha sido utilizada por Caja Castilla La Mancha¹³⁵, que en base al artículo 9 bis de la Ley 4/1997, de 10 Julio, de Cajas de Ahorro de Castilla la

¹³⁰ 29 Abril 2010, sección segunda, nº 10791, BORME.

¹³¹ Informe de los administradores de Inmobiliaria Colonial SA sobre el proyecto de segregación, donde defendían que para lograr que la sociedad pudiera hacer frente a las deudas sociales, era necesario la refinanciar la deuda para lograr la viabilidad de la empresa, pero además, la segregación de la rama de activa también impulsaría positivamente hacia el saneamiento de Colonial SA. <http://www.inmocolonial.com> (16.11.2011). Posteriormente, se aprobó por la Junta de Socios de Colonial SA la segregación y así consta en el Anuncio del acuerdo de segregación, BORME 29 Abril 2010, Sección Segunda, nº10791.

¹³² Para un análisis de las reformas introducidas por el Gobierno para el “reflote” de las Cajas de Ahorro: MÉNDEZ ÁLVAREZ-CEDRÓN, J.M (coord.): “*Cajas de Ahorros: Nueva Normativa*”, 2011, Fundación de las Cajas de Ahorros. MARTÍNEZ ROSADO, J.: “Fusiones y otros medios de reestructuración como medio de evitar el concurso de una entidad de crédito”, *E-prints Complutense*, 2010/31, Diciembre 2010.

¹³³ RD Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros.

¹³⁴ El Art.5º también amplía el régimen de ejercicio indirecto de la actividad financiera a aquellas Cajas de ahorros que ejercen mediante un SIP su actividad. Si en algún momento desciende su participación de control en la entidad financiera por debajo del 50% tendría que proceder a aplicar el art.6º.

¹³⁵ Las vicisitudes del proceso se encuentran planteadas en: MARDOMINGO COZAS, J., MÍNGEZ HERNÁNDEZ, F.: “Resolución de la Intervención de Caja de Ahorros de Castilla-La Mancha”,

Mancha¹³⁶ segregó su negocio bancario a favor del Banco Liberta SA¹³⁷ mediante traspaso en bloque y a título universal del conjunto de elementos patrimoniales y accesorios que componían dicho negocio¹³⁸; Caja Castilla la Mancha renunciaba también a su condición de entidad de crédito para la dedicación exclusiva a la actividad fundacional¹³⁹.

También la escisión parcial se ha utilizado como “flotador” ante graves crisis financieras de las empresas en EE.UU. Gracias a producirse una reorganización empresarial, las unidades económicas en crisis se reparten entre las sociedades beneficiarias, consiguiendo estas unidades económicas relacionarse con nuevos sujetos económicos además de situarse en nuevas formas organizativas y productivas consiguiendo así evitar su desaparición¹⁴⁰. Esa fue la estrategia utilizada por IBM cuando escindió la rama de actividad dedicada a los ordenadores personales (thinkpads y ordenadores de mesa), adquirida por la empresa china LENOVO. Consiguiendo de esta forma centrarse en otras ramas como la innovación que le producirían más beneficios que los PC's¹⁴¹.

2. Creación y reestructuración del grupo de empresas

Escisión y segregación son utilizadas con finalidades opuestas cuando nos referimos al grupo de sociedades.

Por una parte, la segregación se ha utilizado como técnica para la creación del grupo societario, concretamente la creación de sociedades filiales a raíz de una sociedad

en 2011 *Anuario Mercantil para Abogados: Los casos más relevantes en 2010 de los grandes despachos*, La Ley, 1ª edición, mayo 2011, pg.245 y ss.

¹³⁶ Introducido por la Ley 3/2010 de Cortes de Castilla La Mancha. Cabe recordar que Castilla la Mancha tiene competencias exclusiva en materia de Cajas de ahorro respetando el marco de la ordenación general de la economía y de acuerdo con las disposiciones que en uso de sus facultades dicte el Estado (31.1.13ª Estatuto Autonomía CLM).

¹³⁷ Empresa del grupo Cajastur que tras la segregación de CCM cambió la denominación a BANCO CASTILLA-LA MANCHA SA (CNMV-Hecho relevante, nº130912).

¹³⁸ BORME, 15 julio 2010, nº 134, pg.25272 y CNMV-Hecho relevante, nº130912.

¹³⁹ Tras la autorización de la Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, se notificó la pérdida de la condición de entidad de crédito al Banco de España y se canceló la inscripción de la caja de ahorro en el Registro Mercantil, anotándose dicha circunstancia en el Registro de Cajas de Ahorro y en el Registro de Fundaciones de Castilla-La Mancha, en el que inscribió la entidad (ap.3, artículo. 9bis de la Ley 4/1997). La fundación comenzó su andadura el 7 septiembre 2010.

¹⁴⁰ GARCÍA TUÑÓN MARINA, A.: “Escisión parcial”, pg.444.

¹⁴¹ Para más ejemplos de escisión de negocios que no alcanzan los beneficios necesarios: DE PAMPHILIS, D., “*Mergers, Acquisitions, and Other Restructuring Activities: an integrated approach to process, tools and solutions*”, 5ª edición, 2010, Elsevier, pg.581.

madre¹⁴². Generalmente, con la creación de filiales se intenta “trasladar” el riesgo que supone la inversión en nuevos productos, es decir, se produce la externalización de los proyectos más innovadores consiguiendo así mantener en la sociedad madre sus competencias originales y sus resultados económicos sin afectarle el fracaso de la inversión en I+D+i desarrollada por la filial¹⁴³. Tal fue el caso de Telefónica cuyas filiales venían estructuradas por ramas de actividad¹⁴⁴.

Del mismo modo, la segregación se ha utilizado en grandes operaciones de reestructuración empresarial, como primer paso para realizar, posteriormente otra modificación estructural, es decir, se realizan varias modificaciones estructurales de forma sucesiva. Este fue el caso, en la consecución de la fusión de IBERIA y BRITISH AIRWAYS en el holding IAG; entre los requisitos para lograr la fusión se encontraba la segregación de todo el patrimonio de IBERIA a la filial íntegramente participada IBERIA OPERADORA; en otras palabras, esta última continuaría con el ejercicio de las actividades de IBERIA: transporte aéreo, servicios de asistencia a pasajeros, aeronaves, carga y correo, servicios de mantenimiento aeronáutico etc, mientras que IBERIA mantendría los derechos y obligaciones en relación con la fusión con BA y a su vez sería una sociedad holding de IBERIA OPERADORA con el 100% del capital social de la misma¹⁴⁵.

Otra de las funciones a conseguir con la filialización es la segregación de la sociedad madre de una rama de actividad de la que posteriormente venderán las acciones o participaciones que tiene la sociedad madre en la misma¹⁴⁶. Una de las razones por las que se utilizaría esta estrategia sería para conseguir financiación. Así fue

¹⁴² Las operaciones mediante la segregación o aportación de rama no se limita a la operación vertical creando una sociedad filial de la sociedad madre, también puede ser una operación horizontal, es decir, transmisión entre filiales. La motivación de las mismas viene ejemplificada en ALONSO LEDESMA, C.: “La segregación y constitución de sociedad íntegramente participada mediante transmisión del patrimonio”, en AA.VV, *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Tomo II*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, pg.502.

¹⁴³ LÓPEZ ITURRIAGA, F., MARTÍN CRUZ, N.: “Los procesos de Spin-off en las empresas españolas”, *CEF Contabilidad y Tributación –legislación, consultas y jurisprudencia-*, nº286, vol.2, Enero 2007.

¹⁴⁴ CONDE TEJÓN, A.: “Diferencias entre segregación, escisión parcial y aportaciones no dinerarias. Estudio a la luz de la legislación vigente y análisis de la regulación alemana”, *RdS*, pg. 406. Si bien, desde el 2009, la nueva estrategia de Telefónica ha sido la concentración de la empresa en dos grandes marcas Movistar, para telefonía fija y móvil de España y Latinoamérica y O2 para UK, Irlanda o Alemania y Terra para servicios de internet (información corporativa: <http://www.telefonica.com> (16.11.2011))

¹⁴⁵ En www.grupoiberia.es se puede encontrar el proyecto de segregación y fusión. También se pueden consultar la publicación en la CNMV como hechos relevantes nº 133954, 133958, 133959 con fecha 29/11/2010.

¹⁴⁶ ALONSO LEDESMA, C.: “La segregación...”, pg.502.

como Chrysler en los 80, para evitar la quiebra, vendió la filial dedicada a la fabricación de tanques¹⁴⁷.

A su vez, la escisión se ha definido como “*remodelage*”¹⁴⁸ del grupo de empresas. En efecto, las economías de escala¹⁴⁹ han influido en la tendencia a la creación de grandes monstruos empresariales, difíciles de controlar¹⁵⁰. Con la operación de la escisión se puede reestructurar la forma empresarial reduciendo el tamaño de la misma facilitándose así su control, podríamos llamarlo “*downsizing* empresarial”. Con esta operación se consigue que el montante de unidades económicas se reparte entre sociedades de nueva creación o existentes dejando a la sociedad escindida con una masa patrimonial menor y más manejable. De este modo se reduce el tamaño de la empresa y se consigue mejorar la gestión empresarial; al descentralizar los órganos de decisión, además, se diversifica el riesgo empresarial entre la sociedad escindida y las sociedades beneficiarias¹⁵¹. El gigante americano empresarial Sara Lee Corp. es un ejemplo de cómo a lo largo de los años ha emprendido diversas escisiones para conseguir focalizar los objetivos empresariales centrándose finalmente sólo en comida y bebida. En 2006, realizó la escisión de la rama de actividad que se centraba en productos textiles “Hanesbrands Inc.”; recientemente ha anunciado su intención de dividir Sara Lee en dos, la división norteamericana y la europea, así como escindir de Sara Lee las bebidas que entrarían a formar parte de una nueva empresa por lo que Sara Lee se centraría exclusivamente en alimentación¹⁵².

En último lugar, la remodelación del grupo empresarial también puede obedecer a razones geográficas, segregando ramas de actividad por regiones para así adaptarse mejor a las condiciones específicas de cada área. Así Würth España S.A

¹⁴⁷ De PAMPHILIS, D.: “*Mergers, Acquisitions, and Other Restructuring Activities: an integrated approach to process, tools and solutions*”, 5ª edición, 2010, Elsevier, pg.582.

¹⁴⁸ ALONSO ESPINOSA, F.J y LÁZARO SÁNCHEZ, E.J.: “Especialidades del procedimiento de escisión”, en AA.VV. “*Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*”, Aranzadi, Cizur Menor, pg.218.

¹⁴⁹ En la economía de escala se producen aumentos de la productividad o disminuciones del coste medio de producción, que se deben a un aumento de los factores de producción en la misma proporción.

¹⁵⁰ MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A.: “Escisión parcial”, pg.443.

¹⁵¹ ALONSO ESPINOSA, F.J y LÁZARO SÁNCHEZ, E.J.: “Especialidades del procedimiento...”, pg.219.

¹⁵² KORN, M., BRAT, L.: *Sara Lee to Split Into Two Public Companies*, The Wall Street Journal, 29.01.2011.

separó parte de su patrimonio mediante una segregación, creando la sociedad íntegramente participada Würth Canarias S.L.¹⁵³.

3. La reestructuración como forma de motivar a directivos y accionistas.

Diversos estudios¹⁵⁴ emprendidos por la doctrina americana han señalado cómo la reestructuración puede ser una forma de incentivar a los directivos mucho más óptima que las bonificaciones por los beneficios de la empresa; es más, el directivo ya no tiene que pensar en la empresa “global” si no que se preocupará únicamente de la empresa segregada. En efecto, dándoles la posibilidad de recibir “*stock options*” de su rama escindida que les incentivará para conseguir un mejor funcionamiento de su rama de actividad en comparación con recibir *stock options* de la sociedad escindida donde otros directivos con ramas de actividad más maduras podrían quitarle la posibilidad de ganarlos¹⁵⁵. La evidencia es que, incluso en el caso de una futurible spin-off, provoca en el directivo la sensación de estar siendo evaluado por los mercados de capital antes de que se haga realidad la reestructuración¹⁵⁶.

Además, la reestructuración consigue incrementar la transparencia informativa¹⁵⁷ de la empresa porque la reducción de tamaño facilita a los inversores analizar la información y además así se reducirían las asimetrías de información entre los *insiders* y los inversores. Si bien la doctrina no es unánime, se ha observado que con la escisión o segregación al producirse una “focalización empresarial” aquéllos que tenían información privilegiada la seguirán teniendo, además su información aún será más valiosa al centrarse en un único sector de la empresa¹⁵⁸.

¹⁵³ BORME, 3 noviembre 2010, nº 211, pg.34156.

¹⁵⁴ ARON, D.J.: “Using the capital market as a monitor. Corporate spin-offs in an agency framework”, en *RAND Journal of Economics*, vol.22, nº4,1991.

¹⁵⁵ FRANL, K.J.: “Making sense of spin-off, tracking stock and equity carved out”, en *Strategic Finance*, 86, 6, 2001, pg.40.

¹⁵⁶ ARON, D.J: Using the capital...”, 506.

¹⁵⁷ DE PAMPHILLIS, D., “Mergers...”, pg.583.

¹⁵⁸ A favor del incremento de las asimetrías de información: HUDSON, M.R, MACKINNON,G.: “Corporate spin-offs and information asymmetry between investors”, en *Journal of Corporate Finance*, 9, 2003, pgs.501-502. Si bien otros estudios han concluido lo contrario, es decir, aquellas compañías con problemas de información decrecía el nivel de desinformación tras el spin-off, KRISHASWAMI S., SUBRAMANIAM V.: “Information asymmetry, valuation, and the corporate spin-off decisión” en *Journal of Financial Economics*, vol.53, nº1, Julio 1999, pgs.27-28.

IV. CARACTERES

1. La sucesión universal.

A) Antecedentes.

La atribución del carácter de la sucesión universal a la escisión ha sido solicitado por la doctrina desde tiempo atrás. La LSA de 1951 aún no mencionaba la escisión; habría que esperar hasta la Ley General de Cooperativas 52/1974, de 19 de diciembre, para encontrar una mención expresa de la escisión; si bien, únicamente se refiere a la escisión total (art.44) y remitía a una reglamentación posterior para la determinación del procedimiento para su aplicación¹⁵⁹. Dada la falta legislativa de ya no sólo concreción de la aplicación de la sucesión universal a las reestructuraciones empresariales sino la existencia real de la escisión, la doctrina¹⁶⁰, ante la inexpresividad del legislador, consideraba inviable que una sociedad se escindiese dado que el hecho de pertenecer un socio a la sociedad implicaría a su vez la posibilidad de una futura escisión y pertenecer a su vez a otras sociedades por lo que solo lo veían posible a mediante un acuerdo individual de cada socio; a su vez tampoco resultaría posible la sucesión universal de parte del patrimonio, por las mismas razones, por lo que habría que acudir a la transmisión singular y con el consentimiento de los acreedores en caso de la transmisión de deuda.

En otras palabras, habría que acudir a la figura civil de la novación del deudor (art.1205 C.C¹⁶¹) para conseguir el traspaso de las deudas; para tal propósito sería necesario, en todo caso, que el acreedor y el nuevo deudor llegasen a un acuerdo por el cual se extinga la obligación del primer deudor y se establezca una nueva obligación¹⁶². Este consentimiento puede emitirse simultáneamente al convenio entre deudores siendo, por lo tanto, un negocio plurilateral o bien, puede el acreedor haber permitido al deudor

¹⁵⁹ DUQUE DOMINGUEZ, J.: “La escisión de sociedades”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, 1978, pgs.134 y ss.

¹⁶⁰ GIRÓN TENA, J.: “*Derecho de Sociedades. Tomo I. Parte general, sociedades colectivas y comanditarias*”, 1976, pgs.369-370.

¹⁶¹ Artículo 1205: “La novación, que consiste en sustituir un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el consentimiento de éste, pero sin el consentimiento del acreedor”

¹⁶² Cabe destacar la STS 19 noviembre 2007 (RJ 2007,8456) sobre este procedimiento denominado por el Tribunal Supremo de *expromisión* o la sentencia del 15 abril 2008 (RJ 2008, 1710) sobre la exigencia del consentimiento del acreedor. El panorama jurisprudencial más reciente sobre esta materia ha sido recogido en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord): “*Comentarios al Código Civil*”, Thomson Reuters-Aranzadi, 2009, pgs.1446-1447.

el traslado de la deuda o puede haber consentido la novación posteriormente siendo en estos dos casos un consentimiento unilateral. Si bien los efectos liberatorios se producen cuando se constituye el nuevo deudor en obligado¹⁶³.

Por consiguiente, la escisión sería muy difícil que llegara a buen puerto dado que se necesitaría cumplir todos los requisitos para transmitir los bienes desde la “*traditio*” a la notificación a deudores pasando por el consentimiento individual de todos los acreedores en base al 1205 CC¹⁶⁴ o acordar una escisión con la condición suspensiva de que los acreedores consintieran la novación de la deuda y el nuevo acreedor o que como mínimo uno de ellos consintiera el cambio del deudor¹⁶⁵.

Con el TRLSA del 89, la escisión se hace realidad en el derecho español, pero el legislador sigue sin reconocer abiertamente la sucesión universal en sede de escisión parcial prefiriendo utilizar la tímida fórmula de traspaso en bloque que guarda reminiscencias con un claro interés del legislador por una escisión parcial con sucesión universal. En efecto, en el artículo 252.1.b) la escisión parcial aparecía definida como la segregación de una o varias partes del patrimonio de una sociedad anónima sin extinguirse, traspasando “en bloque” lo segregado a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes.

Paralelamente, la formulación de la escisión total también daba “pistas” de la forma que verdaderamente quería transmitir el legislador, una verdadera sucesión universal, al expresar en el apartado 3 del artículo 255 que en el supuesto de la extinción de la sociedad que se escinde y habiendo un elemento del activo sin distribuir y no pueda dilucidarse su reparto, se distribuirá entre todas las sociedades beneficiarias de manera proporcional al activo atribuido a cada una de ellas en el proyecto de escisión.

Por el contrario, en sede de fusión, el legislador dejó de utilizar un lenguaje metonímico y afirmó con rotundidad que la nueva entidad adquirirá por sucesión universal los derecho y obligaciones de los patrimonios de las sociedades a fusionar

¹⁶³ Como ha subrayado DIEZ –PICAZO, L.: “*Fundamentos del Derecho civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias*”, 2008, pgs.1026 y ss. La liberación del deudor no es absoluta, el artículo 1206 CC establece una especie de garantía para los acreedores en los casos en los que el deudor conociese la deuda o fuera anterior o pública, la acción del acreedor contra el deudor originario revive.

¹⁶⁴ OLEO BANET, F.: “*La escisión de la sociedad anónima*”, Cívitas, 1995, pg.74.

¹⁶⁵ CONDE TEJÓN, A.: “Diferencias entre segregación, escisión parcial y aportaciones no dinerarias. Estudio a la luz de la legislación vigente y análisis de la regulación alemana”, en *RdS*, 15, 200, pg.405.

(art.233.1 LSA 89). Caracterizando la doctrina esta sucesión como una sucesión plena, intervivos, voluntaria, plurilateral y legal¹⁶⁶.

En la actualidad, el art.70 LME confirma que en la escisión parcial se produce el “traspaso por sucesión universal”, si bien se podría pensar que las dudas doctrinales habrían quedado resueltas. La realidad es muy diferente ya que la redacción de la antigua escisión parcial en la LSA y la actual redacción en la LME es tan similar que consecuentemente sigue provocado la misma incertidumbre o más sobre si nos encontramos ante una verdadera sucesión universal¹⁶⁷.

B) La realidad de la sucesión universal.

En primer lugar, cabe subrayar que la sucesión universal en la LME no es sinónimo de sucesión mortis causa. La sucesión universal de las personas jurídicas no puede equipararse a la sucesión *mortis causa*, que tiene un carácter extintivo (muerte de la persona jurídica). En efecto, la sucesión universal -en relación con las personas jurídicas- opera al margen de la potencial desaparición de la persona jurídica. Es más, el hecho de la extinción de la persona jurídica no provoca, como sucede en la sucesión *mortis causa*, la necesidad de continuar las relaciones jurídicas, ya que generalmente el proceso liquidatorio- que desemboca en la extinción de la persona jurídica- provoca la inexistencia de relaciones jurídicas pendientes. Por lo tanto, en las personas jurídicas no es aplicable la máxima de que la extinción implica sucesión¹⁶⁸. Además la reorganización estructural de la sociedad es voluntaria, por lo que habrá sucesión universal si existe la necesidad de llevar a cabo un procedimiento de escisión. Por el contrario, la sucesión mortis causa es obligatoria, el acreedor del deudor fallecido tiene que aceptar que la deuda cambie de manos¹⁶⁹.

Lo que se ha intentado lograr realmente, con la introducción del término civilista de la sucesión universal, es intentar facilitar a las empresas el engorroso procedimiento que le supondría transmitir de uno en uno los diferentes bienes del

¹⁶⁶ CORTÉS DOMÍNGUEZ, L.J y PÉREZ TROYA, A.: “Fusión de sociedades (artículos 233 a 251 de la Ley de Sociedades Anónimas)” en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo IX, Volumen 2, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2008, pgs.62 y ss.

¹⁶⁷ Así, reflexionado en referencia al PLME por RODRIGUEZ ARTIGAS, F: “Comentario...”. p.58 y a la LME en Rodríguez Artigas, F.: “Escisión...” pg, 181.

¹⁶⁸ ALONSO LEDESMA, C.: “Algunas consideraciones...”, pgs. 4942 ss.

¹⁶⁹ GONZÁLEZ-MENESES, M.: “La Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, y el retroceso del derecho civil” en *El notario del siglo XXI*, marzo-abril 2010, nº30, pg.5.

patrimonio de la sociedad a escindir; por el contrario, siguiendo el procedimiento de escisión esa transmisión se realiza “*uno actu*”, “de un golpe”¹⁷⁰. El legislador, por lo tanto, lo que consigue es que una serie de bienes heterogéneos sean transmitidos bajo un mismo régimen jurídico, la sucesión universal, por lo que la adquisición efectiva de derechos y obligaciones se produce *ipso iure* por el acto mismo de la inscripción registral de la escisión y no en el momento de la entrega¹⁷¹.

Si bien, diversas matizaciones pueden alegarse acerca de la existencia de la sucesión universal, ya con la LSA se dudaba de si la utilización de la terminología “transmisión en bloque” era equivalente a sucesión universal, había autores que afirmaban con rotundidad la sucesión universal, pero sólo referida a esa porción patrimonial traspasada en bloque¹⁷². Otros, sin embargo, consideraban que la transmisión en bloque suponía que diversos elementos se transmitían en un solo acto bajo el título de la compraventa, si bien posteriormente se necesitarían negocios singulares de ejecución¹⁷³. Actualmente, la LME sigue generando dudas¹⁷⁴ sobre cuál es la intención del legislador al referirse a distintos términos ligados a la sucesión universal, tanto en la escisión parcial como en la segregación se refiere al “traspaso en bloque por sucesión universal”, mientras que en la escisión total, donde verdaderamente no hay dudas sobre la existencia de la sucesión universal, utiliza un término más adecuado “transmisión en bloque por sucesión universal”.

Cabe añadir que la intención del legislador pro sucesión universal se ve diluida además por el apartado 2 del art.70 LME que es una copia del antiguo apartado 2 del art. 253 LSA, ya que en ambos artículos la sociedad puede atribuir potestativamente las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de la empresa que se traspasa. Esa atribución potestativa genera la duda de si realmente existe sucesión universal porque si se diese el caso, no sólo se transmitirían los activos sino que también se transmitirían las deudas contraídas por esa empresa¹⁷⁵.

¹⁷⁰ IBID.

¹⁷¹ OLEO BANET, F., op.cit, pgs.79-80 .

¹⁷² GUASCH MARTORELL, R. (1993), pgs. 96-97.

¹⁷³ ALONSO LEDESMA, C.: “ Algunas consideraciones...”,pg.4955 y LÁZARO SÁNCHEZ,J.: “La tutela de los acreedores de la sociedad anónima parcialmente escindida (reflexiones a la luz del derecho y doctrina españoles)” en *RDM*, , Nº 211-212, 1994,pg.176.

¹⁷⁴ RODRIGUEZ ARTIGAS, F.: “Escisión...”, pg.182.

¹⁷⁵ LÁZARO SÁNCHEZ, J.: “La tutela...”, pg.175.

Finalmente, la similitud de los artículos 80 LME y 259 LSA relativos al régimen de responsabilidad también hace dudar nuevamente sobre la existencia de sucesión universal ya que ambos reflejan que no se produce la sucesión plena de activo y pasivo. En efecto, los acreedores tienen la garantía de que las sociedades beneficiarias responden de la obligación incumplida por otra sociedad beneficiaria hasta el importe del activo neto atribuido en la escisión a cada una de ellas y, si subsistiera, la propia sociedad escindida -como es en el caso de la escisión parcial- ésta responderá por la totalidad de la obligación. El diferente tratamiento de la sociedad escindida en relación con las sociedades beneficiarias provoca la imposibilidad de ejercitar el derecho de repetición. La incógnita es saber cómo se fija la participación de la sociedad escindida en el pago de la obligación incumplida. Siendo la doctrina la que propone una responsabilidad de segundo grado de la sociedad escindida o segregada, es decir, el acreedor, en primer lugar, procedería contra las sociedades beneficiarias y la parte de la deuda que no hubiese podido satisfacer sería reclamada a la sociedad escindida¹⁷⁶.

Aun existiendo todos estos matices, diversas posturas doctrinales¹⁷⁷ han intentado defender la conformidad del fenómeno de la sucesión universal con la responsabilidad de los artículos 259 LSA y del actual 80 LME añadiendo más contradicciones al tema que nos ocupa. Por ejemplo, al defender que con la escisión, la transmisión de obligaciones provoca la asunción cumulativa de deuda. En otros términos, no se puede concebir que a la vez se produzca la transmisión de la deuda y se mantenga la responsabilidad del acreedor originario. Otros autores han equiparado el fenómeno de la sucesión universal, con el objeto de amoldarlo al régimen de responsabilidades en la escisión del antiguo 259 LSA y 80 LME, a la cofianza solidaria. Si consideramos la sociedad escindida como un fiador, entonces, se provocaría, en primer término, que la sucesión universal produciría la novación modificativa subjetiva de la deuda, pero, además, en segundo lugar, la sociedad escindida se encontraría con que se la somete a una nueva obligación que es accesoria y solidaria de la obligación principal.

¹⁷⁶ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: “Escisión”, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Dir. Uría, R. et al., Tomo IX, Volumen 3º, 1ª edición, Madrid. 1993, pgs. 178-179.

¹⁷⁷ Recogida la discusión doctrinal y bibliografía citada en ALONSO LEDESMA, C.: “Algunas consideraciones...”, pgs.4949 ss.

Analizadas las diversas justificaciones para proteger la existencia de sociedad universal, habría sido más sencillo defender “la inexistencia de la sucesión universal” y que “si la sociedad escindida responde es porque debe y si debe resulta más fácil concluir que es porque no se produjo una transmisión de la deuda con carácter liberatorio”¹⁷⁸. Y así nos evitaríamos la situación actual a la que se enfrentan las sociedades una escisión parcial o segregación a la cuales se les añade la etiqueta de una sucesión universal llena de matizaciones, con lo cual al final lo que simplemente queda de la sucesión universal es un modo de traspaso de los bienes en bloque, facilitándoles la labor a la sociedad pero con la incertidumbre de que en cualquier momento el acreedor puede llamar a su puerta.

Considero que el legislador con la introducción de la LME sigue sin aclarar la situación; es más, parece que le da miedo asumir la realidad de la escisión parcial y segregación. Afirma con rotundidad en la escisión total la existencia de la sucesión universal pero llega a la escisión parcial y a la segregación y cambia los términos, en vez de “transmisión” utiliza “traspaso”, quizás para subrayar el carácter operativo del régimen de la escisión parcial en el que no es obligatorio el traspaso de deudas contraídas para lo organización o el funcionamiento de la empresa que se traspasa. Por lo que de nuevo, tras esta reflexión final, llegamos al punto de partida, pues el legislador con el régimen de la escisión facilita a las empresas un modo de transmisión de bienes “uno actu” evitando la transmisión uno a uno de cada bien; pero la sociedad escindida parcialmente o segregada sigue respondiendo por la totalidad de las deudas transmitidas.

C) Propuesta: una verdadera sucesión universal.

Dada la situación actual de incertidumbre que genera la afirmación de la existencia de sucesión universal en la escisión parcial y en la segregación, la doctrina ha afirmado que el sistema de garantías para los acreedores establecido en el antiguo 259 LSA y 80 LME puede resultar excesivo dado que se establecen dos niveles de garantía; de una parte, los acreedores tienen un derecho de oposición previo a la aprobación del acuerdo de escisión¹⁷⁹ hasta que se les garanticen tales créditos. De otra, se añaden nuevos responsables del cumplimiento de la deuda (sociedades beneficiarias)

¹⁷⁸ IBID, 4951.

¹⁷⁹ El Art.73LME establece la aplicación de las normas establecidas para la fusión en la LME. Por lo tanto, es de aplicación el art.44 LME sobre el derecho de oposición de los acreedores.

permaneciendo la responsabilidad de la sociedad escindida por la totalidad de la obligación.

Sería suficiente el primer nivel de garantías establecido por la LME en su artículo 44 (derecho de oposición de los acreedores) siendo necesario suprimir en el Art. 80 LME la responsabilidad de la sociedad escindida. Si no ha habido oposición de los acreedores¹⁸⁰ o si se ha prestado la garantía adecuada de sus créditos, entendemos que la transmisión de la deuda a la sociedad beneficiaria liberaría a la sociedad escindida y así realmente habría una verdadera sucesión universal¹⁸¹. Como mucho, sería atribuible una responsabilidad solidaria de las sociedades beneficiarias, como ocurre en el Código de Comercio francés¹⁸², Código de Sociedades belga¹⁸³ o el Código Civil italiano¹⁸⁴ que establecen la responsabilidad solidaria de las beneficiarias pero no mencionan a la sociedad escindida como responsable por las deudas traspasadas.

Para afirmar con más rotundidad aún, si cabe, la existencia de sucesión universal se debería modificar la redacción de los arts.70 y 71 y utilizar la palabra transmisión en bloque en vez de traspaso, para así equipar las características del traspaso entre las tres clases de escisiones.

Finalmente, también se ha propuesto eliminar el derecho de opción a la transmisión de deudas, estableciéndose la obligatoriedad de esta forma de traspaso cuando se realice la transmisión de una empresa en una escisión o segregación que no

¹⁸⁰ GONZÁLEZ-MENESES, M.: “La Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, y el retroceso del derecho civil”, *“El notario del siglo XXI”*, marzo-abril 2010, nº30, pgs.11 y ss. Advierte que la reducción de la publicidad en los procedimientos de escisión y fusión puede provocar que se realicen procedimientos clandestinos dificulta que el acreedor conozca del procedimiento, además el plazo de oposición de los acreedores es muy breve: “un mes, desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo o comunicación” (Art.44.1LME).

¹⁸¹ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F: “Escisión”, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Dir. URÍA R. et al, Tomo IX, Volumen 3º, 1ª edición, Madrid, pgs.176-177.

¹⁸² En el caso de que la apport partiel siga el cauce de la escisión: Article L236-20 Les sociétés bénéficiaires des apports résultant de la scission sont débitrices solidaires des obligataires et des créanciers non obligataires de la société scindée, au lieu et place de celle-ci sans que cette substitution emporte novation à leur égard.

¹⁸³ Art.686: “En cas de scission, les sociétés bénéficiaires demeurent solidairement tenues des dettes certaines et exigibles au jour de la publication aux Annexes du Moniteur belge des actes constatant la décision de participation à une opération de scission, qui sont transférés à une autre société issue de la scission. Cette responsabilité est limitée à l'actif net attribué à chacune de ces sociétés”.

¹⁸⁴ Art.2506-quater, comma 3: “Le società beneficiarie sono solidalmente responsabili dei debiti della società scissa, seppur nei limiti del valore effettivo del patrimonio assegnato a ciascuna di loro”.

solo los activos pero que también se transmitan los pasivos en todo caso y así se eliminaría la incoherencia¹⁸⁵ entre el párrafo primero y segundo del art.70.

2. Unidad económica.

A) Origen del término.

El término “unidad económica” incluido actualmente en el Art.70 LME, también se encontraba recogido en la LSA (Art.253). Su origen no se sitúa en el Derecho europeo, donde la Sexta Directiva establece el principio de libertad para la división patrimonial en casos de escisión. El verdadero origen del término se encuentra en el Derecho portugués donde el Art.124.1.b) “*Activo y passivo destacáveis*” del *Código das sociedades comerciais* (DL 262/86) establece como requisito para la escisión simple que los bienes de la sociedad escindida estén agrupados formando una unidad económica.

El principal problema con que se encuentran las sociedades interesadas en realizar una modificación estructural es que el legislador mercantil no ha definido qué es unidad económica.

La importancia de la concreción reside en que sólo se aplicarán las normas de la escisión a aquellas operaciones en que las partes del patrimonio traspasadas formen una unidad económica, por lo que el régimen privilegiado de la sucesión universal se asocia a las transmisiones patrimonial que forme una unidad económica. Si no se cumple este requisito la transmisión sería considerada una aportación, por constitución de una sociedad o aumento de capital, cuyo régimen es diferente al de la escisión¹⁸⁶.

La doctrina ha intentado suplir su falta mediante la enumeración de una serie de factores que caracterizan a la unidad económica¹⁸⁷. La tendencia general es configurar a la unidad económica en base a un “criterio amplio de patrimonio social”¹⁸⁸, es decir, la unidad económica está constituida tanto por activos y pasivos pero rechazan una escisión o segregación de pasivo únicamente por las consecuencias que acarrearían

¹⁸⁵ FERRANDO VILLALBA, L.: “La escisión de sociedades en la LMESM de 2009: las pretendidas novedades de una reforma incompleta”, en “*Noticias de la Unión Europea*”, N° 309, 2010, pg.29.

¹⁸⁶ IBID, p.183.

¹⁸⁷ Recogidos por MARINA GARCÍA TUÑÓN, A: “Escisión parcial...”. pgs.160 ss.

¹⁸⁸ IBID, p.460.

a las sociedades beneficiarias, por ejemplo, la disminución del patrimonio social de la sociedad beneficiaria o hasta la reducción de capital provocando la rotura del equilibrio entre capital y patrimonio. En segundo lugar, es necesario que los elementos patrimoniales escindidos sean idóneos para que en un futuro para operar en la sociedad beneficiaria de la escisión, por lo tanto se aplica una “presunción de potencialidad” y finalmente, deben ser autónomos y susceptibles de encuadrarse dentro de una organización, ya sea en el origen o bien cuando sean agregados a la sociedad beneficiaria.

Sin embargo, no es suficiente un concepto doctrinal de la unidad económica para rellenar el vacío mercantil. Habrá que acudir a otras ramas del Derecho que nos pueden acercar a los caracteres aproximados de la misma, como son el Derecho fiscal y contable.

B) La unidad económica como “sinónimo” de rama de actividad.

El RDL 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, define en su artículo 83.4, rama de actividad como “el conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica; es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios”.

Aunque ante una primera lectura del precepto podemos observar una similitud entre el tratamiento mercantil y fiscal de unidad económica, a lo largo del apartado vamos a ir desgranando las posibles fisuras que impedirían la equivalencia entre un término y otro, por lo que podríamos afirmar una sinonimia entre unidad económica y rama de actividad, pero nunca una equivalencia.

a) La pluralidad de elementos constituyentes.

La utilización del plural en la norma fiscal con el “conjunto de elementos patrimoniales” y en la LME “una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica” nos plantea la primera cuestión sobre si sería posible una rama de actividad, en el régimen fiscal, con un único elemento o también en la LME si la parte de patrimonio puede estar formado por un único elemento.

Doctrinalmente, ha habido defensores de ambas posturas. Aquellos que defienden la necesidad de la pluralidad de elementos patrimoniales alegan que no es necesaria una normativa específica, distinta al Derecho de obligaciones, para la transmisión de un elemento patrimonial aislado a pesar de su relevancia económica. Sin embargo, admitiendo una excepción para los casos en que las características del bien y su tratamiento económico jurídico pueda considerarse una unidad económica autónoma, por ejemplo un buque presenta activo y pasivo diferenciado¹⁸⁹.

Otros autores consideran que un único elemento sí podría ser considerado unidad económica; al realizar una interpretación flexible del término “unidad económica” los elementos individuales podrían ser tal unidad siempre que puedan sean homogéneos, de funcionamiento autónomo y que exista una interrelación organizativa¹⁹⁰. A modo de ejemplo se pueden citar los derechos de propiedad industrial, las redes de franquicia, de clientes, de distribución comercial, acciones, participaciones y cuotas de capital social, inmuebles, maquinaria e instalaciones¹⁹¹.

Cabe subrayar, no obstante, que realmente se necesitará analizar caso por caso, examinando aquellos bienes que puedan constituir una unidad económica y utilizándose de forma rigurosa un criterio flexible de interpretación¹⁹².

A nivel jurisprudencial¹⁹³, se podría citar, como caso ejemplificativo, la admisión de un parque eólico, que produce energía eléctrica, como unidad económica al

¹⁸⁹ ALONSO LEDESMA, C: “Segregación...”, pg.511.

¹⁹⁰ GUASCH MARTORELL.: “La escisión de sociedades”, pgs.114-115.

¹⁹¹ MARINA GARCIA-TUÑÓN.: “Escisión parcial...”, pgs.461-462. En contra, ALONSO LEDSMASMA, C.: “Segregación...”, pg.516, alegando la imposibilidad de un paquete tecnológico fuese una unidad económica por sí solo, necesitaría un nivel de organización y apoyarse en otros elementos para formarla.

¹⁹² RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: “Escisión”, p.73.

formar un conjunto organizado y con funcionamiento autónomo aunque la producción de energía eléctrica necesite de su transporte mediante una línea de evacuación, pudiendo ser el transporte realizado por otra empresa. Es decir, la actividad de producción de energía es separable de la actividad de transporte y suministro por lo que es el parque eólico es por sí mismo una unidad económica.

A sensu contrario, la doctrina administrativa, en un caso en el que solo existía una unidad económica, consistente en el arrendamiento de inmuebles que fue fraccionada en tres bloques, al no existir organización y gestión diferenciada en la entidad escindida para cada bloque patrimonial, no podría considerarse una escisión total y aplicar el régimen fiscal especial dada la falta de cumplimiento del requisito de rama de actividad¹⁹⁴.

Por consiguiente, tanto la doctrina y jurisprudencia mercantil como fiscal no cierran la puerta a una unidad económica con un solo elemento patrimonial, si bien, como se ha reflejado no hay una lista cerrada de las partes del patrimonio que son susceptibles de transmisión por lo que será necesario estudiar cada caso y observar si ese solo elemento, como reza la norma fiscal, “capaz de funcionar por sus propios medios”.

b) Los ingredientes de la rama de actividad.

En referencia al contenido de la rama de actividad, de acuerdo al 83.4 TRLIS, la rama de actividad debe estar constituida “el conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios”. Es un precepto más concreto y clarificador que los arts.70 y 71 LME donde sólo se limita a exigir que la parte o partes del patrimonio traspasadas formen una unidad económica. Por lo tanto, gracias a la descripción más detallada de rama de actividad, podremos averiguar a qué se refiere con unidad económica el legislador mercantil.

Al referirse a los elementos patrimoniales y partes del patrimonio, la legislación fiscal y mercantil respectivamente, están expresando la transmisión de

¹⁹³ 91/2004 de 3 de marzo, Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3ª).

¹⁹⁴ Consulta Vinculante V0320—09 de 17 de Febrero de 2009.

activos¹⁹⁵ en las operaciones de escisión, pero también se transmiten los pasivos como estudiamos en el apartado anterior referente a la fenomenología de la sucesión universal. La controversia surge ante el posible tratamiento diferente de las deudas por parte de ambas legislaciones, por lo que es necesario detenerse y analizar por separado ambas para intentar llegar a una conclusión sobre la equivalencia entre rama de actividad y unidad económica.

El 4 del art.84 del TRLIS reconoce únicamente la “posibilidad” de atribuir a la sociedad adquirente las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de los elementos que se traspasan. Es más, en ningún momento menciona la sucesión universal como vehículo de transmisión. Podríamos, entonces, no transmitir todos los elementos. ¿Estaríamos ante un derecho de opción difícil de acotar?

La DGT como los tribunales han afirmado que la explotación económica no es el sumatorio de la totalidad de los elementos patrimoniales de una rama de actividad sino que el patrimonio escindido o segregado debe seguir siendo autónomo y capaz de continuar la actividad realizada en la sociedad transmitente¹⁹⁶.

Sin embargo, el TJUE pone freno a las interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales al establecer en la Sentencia de 15 de enero de 2002¹⁹⁷ lo contrario, es decir, la necesidad de transferir íntegramente todos los elementos de activo y pasivo inherente a una rama de actividad. Finalmente, siguiendo la estela del TJUE, la Directiva 2009/133¹⁹⁸ define rama de actividad como “el conjunto de elementos de activo y de pasivo de una división.

Aunque la doctrina española¹⁹⁹ haya intentado justificar la sentencia defendiendo la aplicación de la misma al caso concreto debido a la gravedad del caso enjuiciado en el que se transmitían las obligaciones derivadas de un préstamo pero se

¹⁹⁵ GARCÍA ROSS, J.J.: “Las reestructuraciones empresariales: aspectos fiscales de la segregación”, *Quincena fiscal*, nº12, junio, 2010, pg.48.

¹⁹⁶ Sentencias de la AN: 11 de Octubre 2006 (JUR 2006, 256991) y 16 de Febrero de 2007 (JUR 2007, 112398) y Consulta Vinculante V 2274/09 de 9 de Octubre de 2009.

¹⁹⁷ Andersen Og Jensen (C43-00).

¹⁹⁸ Directiva 2009/133/CE del Consejo de 19 de Octubre de 2009 relativa al Régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado.

¹⁹⁹ GÓMEZ BARREDA, R., ABAD VALDENEBRO, E.: “Principales aspectos fiscales de las modificaciones estructurales”, en AA.VV, *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Vol. 2, 2009, Cizur Menor, Aranzadi, pg.132.

mantenía en la sociedad transmitente el capital del préstamo. Es necesario interpretar como la Directiva 2009/33 y el TJUE están clamando un cambio de dirección en la legislación, hacia el reconocimiento de la transmisión de la rama de actividad al completo con todos sus activos y pasivos.

Volviendo a la LME, si analizamos el artículo 70 LME, nos encontramos con que el apartado 2 amplía la definición de rama de actividad; ésta no se limitaría a una empresa o establecimiento, si no que se referiría a un concepto más amplio “por una o varias empresas o establecimientos comerciales, industriales o de servicio” además, establece que para estos supuesto “podrán ser atribuidas a la sociedad beneficiaria las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de la empresa que se traspasa”.

Parte de la doctrina ha entendido que el legislador ha configurado el Art.70 LME correctamente, en el apartado primero delimita la necesidad de la unidad económica, constituyéndose la misma como un género de contenido diverso, mientras que el apartado segundo “empresa-establecimiento” es una especie de ese género²⁰⁰. Por ello, el apartado segundo es una regla especial para los casos en que la unidad económica sea más compleja, por ejemplo, varias empresas o establecimientos que se agrupen en una unidad superior formando un sector patrimonial de la sociedad, o para el caso de una unidad económica más organizada, es decir, una empresa o establecimiento mercantil industrial o de servicios (sería una unidad económica actual no potencial)²⁰¹. Será necesario, en vista del artículo 70 LME, aplicar para estos casos la interpretación amplia del concepto de unidad económica; ahora bien, tal como antes se ha comentado, esta interpretación amplia ha de utilizarse siempre de forma muy rigurosa. Podría incurrirse en el error de considerar a una patente como una unidad económica, extremo este bastante improbable al faltar el requisito de la organización²⁰².

Aunque haya sido elogiado, en cuanto se consigue la unidad entre los activos y pasivos que se escinden, también ha sido considerado innecesario, además de ser distorsionador. En primer lugar, el apartado primero del art.70 rige el principio de sucesión universal entonces ya se incluyen en el traspaso los elementos de activo y

²⁰⁰ MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A.: “La escisión...”, pg.459.

²⁰¹ ALONSO LEDESMA, C.: “Segregación...”, pg.515.

²⁰² IBID, p.516.

pasivo. Tampoco se entiende, el giro realizado por el legislador al permitir a las partes, al redactar el proyecto de escisión²⁰³, decidir no transmitir una deuda aunque se transmita el activo que la originó²⁰⁴.

Por lo tanto, observamos cómo no sólo legislación fiscal, sino también el legislador mercantil se adentran en un terreno farragoso del cual es difícil salir y establecer conclusiones claras.

Por una parte, tendríamos la investidura de la escisión y segregación como formas de reestructuración empresarial privilegiadas por lo tanto en cuyos procedimientos rige el traspaso de unidades económicas mediante sucesión universal, por lo tanto se traspasan activos y pasivos. Pero a su vez, la LME contempla el derecho de opción de transmisión de deudas cuando se transmiten empresas y establecimientos comerciales, industriales y de servicios²⁰⁵ pero solo para la escisión parcial y no para la segregación. Por lo tanto es un derecho de opción más restrictivo que la norma fiscal, la cual establece la opción para cualquier explotación económica.

La conclusión a la que llegamos es que la timidez del legislador mercantil a la hora de definir unidad económica no juega a favor de un régimen escisorio claro. La normativa fiscal y mercantil se encuentran descoordinadas por lo que nuevamente es necesaria una reforma en ambas ramas del Derecho. El TJUE y la Directiva 2009/33 avanzan hacia donde se va a dirigir la reforma fiscal, al reconocimiento de la transmisión de todos los activos y pasivos de la unidad económica. La reforma de la LME podría apoyarse en la legislación lusa, nuevamente para delimitar el contenido de la unidad económica. En efecto, el art.124.2 *Código das Sociedades Comerciais* establece la posibilidad de la atribución a la nueva sociedad de las deudas que económicamente y jurídicamente se relacionen con la constitución o el funcionamiento de la unidad económica.

²⁰³ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: “Escisión”, pg.80.

²⁰⁴ GUASCH MARTORELL.: “La escisión de sociedades” pgs.115y ss.

²⁰⁵ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: “Escisión”, pg.77.

c) El requisito temporal de la unidad económica.

La LME no menciona en qué momento la parte del patrimonio tiene que formar una unidad económica. Existen dos posibilidades, de una parte que el requisito de la unidad económica ha de darse cuando la parte del patrimonio aún no se ha segregado o bien; en segundo lugar, que se de en la sociedad beneficiaria. A pesar del silencio de la Ley, es muy importante delimitar cuál es ese momento, ya que si optamos por la segunda opción, podría producirse la segregación de elementos patrimoniales aislados que no constituirían una unidad económica pero al transferirlos a la sociedad beneficiaria y organizarse debidamente es cuando ya podríamos hablar de unidad económica.

Para la doctrina es válida la primera opción, ya que la parte del patrimonio que se traspase debe formar una unidad económica cuando se encuentra integrada en el patrimonio de la sociedad que se escinde. Es así como se logra alcanzar el fin del precepto, garantizando la conservación de la empresa o de las unidades económicas, que deben existir antes de la operación²⁰⁶.

A esta misma solución llega el Código de Sociedades portugués, que una vez más “expresa” lo que el legislador español ha silenciado, al establecer que los bienes en el patrimonio de la sociedad que se escinde están agrupados formando una unidad económica (Art.124.1.b).

Al contrario, el TRLIS parece posicionarse con la segunda opción, chocando la opinión doctrinal que la escisión parcial y la segregación exigen la existencia de la unidad económica antes de la transmisión. En efecto, la rama de actividad tiene que “ser susceptible de formar una unidad económica”, implicando que no es necesario que la rama de actividad sea una unidad económica en la sociedad de origen. Si bien, se ha intentado defender que la introducción del término “susceptibilidad” viene a aclarar que la rama de actividad, que opera en una sociedad con varias actividades, tarde o temprano, sería difícil distinguir entre las ramas de actividad²⁰⁷ dado que pueden utilizar un mismo establecimiento, maquinas etc, por ello se exige la susceptibilidad de esa

²⁰⁶ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: “Escisión”, p.73.

²⁰⁷ IBID, pg.79.

rama de actividad en un futuro podrá ser independiente de las otras ramas de actividad que había en la empresa adquirente.

Así también se ha pronunciado la doctrina administrativa que ha afirmado en numerosas consultas que la exigencia de la unidad económica se entiende implícita en la sociedad transmitente. Defienden que el artículo 83.4 (anteriormente 97.4 TRLIS) “no excluye la exigencia, implícita en los conceptos de “rama de actividad” y de “unidad económica” de que la actividad económica que la adquirente desarrollara de manera autónoma exista previamente en sede de la transmitente”²⁰⁸. No todos están de acuerdo con las respuestas de la DGT, aduciendo que la falta de expresión por el TRLIS de ese carácter implícito de unidad económica en la rama de actividad en la sociedad transmitente no se puede exigir por la Administración al no estar expresamente previsto por la norma²⁰⁹.

d) Situación del patrimonio de la sociedad que se escinde.

El requisito de formar una unidad económica es exigido únicamente para la parte o partes del patrimonio que se transmiten. La LME guarda silencio en torno al estado patrimonial de la sociedad que se escinde. Hubiera sido necesario incluir la exigencia de la unidad económica para el patrimonio de la sociedad que se divide y así se preservaría el principio de conservación de la empresa²¹⁰.

En la actualidad, la legislación fiscal tampoco contempla el supuesto anteriormente referido, aunque sí lo implantaba la derogada L76/1980, de 26 de diciembre, sobre régimen fiscal de las fusiones de empresas. El Art.15.4 (redacción 29 diciembre 1989), aunque no mencionaba la unidad económica, exigía que el patrimonio tuviese, al igual que cada una de las partes que se segregaban, más del cincuenta por ciento de su activo estimado en valores reales afectos a actividades empresariales, consiguiéndose así evitar que se constituyese una sociedad *holding*.

²⁰⁸ Consulta Vinculante V0035-2, de 23 de Julio de 2002 y en el mismo sentido la contestación a las consultas de la Hacienda Foral de Vizcaya, de 26 de Agosto de 2008 y 12 de Mayo de 2009.

²⁰⁹ Por todos, SAÉNZ DE OLAZAGOITIA DIAZ DE CERIO, J.: “El concepto de rama de actividad: ejemplo de los excesos interpretativos de la Dirección General de Tributos”, *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, nº11, 2004, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2004.

²¹⁰ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: “Escisión...”, p.184.

Debido al silencio de la ley se plantean dos supuestos; el primero sería que el patrimonio segregado no esté vinculado por las normas sobre conservación del capital social, por lo que la entrega de las acciones o participaciones de las sociedades beneficiarias a los socios de la escindida podrá realizarse a modo de dividendo gratuito y no será necesario canjearlas por las de la sociedad que se segrega. El segundo supuesto sería si la escisión suponga una reducción del patrimonio restante de la sociedad por debajo de la cifra de capital (traspaso de elementos patrimoniales vinculados al principio de conservación del capital en beneficio de los acreedores sociales) entonces habrá que estar a lo que se dispone en las normas de reducción de capital²¹¹.

3. Una nota discordante: El receptor de la contraprestación realizada por la sociedad beneficiaria.

El análisis realizado, hasta ahora, de ambas figuras refleja la similitud entre las mismas rozando la equivalencia entre ambas, si bien hay un rasgo diferenciador que las hace figuras independientes. En los procesos de escisión parcial o segregación, la sociedad beneficiaria entrega, como contraprestación, acciones participaciones o cuotas sociales. La nota discordante entre ambas figuras se produce en el receptor de esa contraprestación. En la escisión parcial se produce la atribución a los socios de la sociedad escindida de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias. Mientras que en la segregación no se produce la repartición entre los socios sino que es la propia sociedad segregada la que recibe la contraprestación.

El Art.70 LME establece la exigencia de la proporcionalidad entre las participaciones de los socios en la sociedad escindida y lo que recibirán –acciones, participaciones o cuotas- de la sociedad beneficiaria. Consecuentemente, con la escisión parcial el socio preserva su *status quo*.

Se ha planteado la cuestión²¹² de si nos encontramos ante una proporcionalidad cuantitativa, es decir, el socio recibe un número de acciones o participaciones proporcional a las que tenía en aquella pero no siendo necesario que sean de cada

²¹¹ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: “Escisión”, pgs.81 y ss.

²¹² MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A.: “Escisión...”, p.433.

sociedad, o bien cualitativa, los socios tienen derecho a participar en todas las sociedades y preservando a su vez la proporcionalidad cuantitativa.

En base al Art.76 LME se puede establecer que el régimen normal de atribución, proporcionalidad cualitativa, es dar a los socios de la sociedad que se escinde acciones, participaciones o cuotas de todas las sociedades beneficiarias²¹³.

El régimen especial, proporcionalidad cuantitativa, serían los casos donde no se atribuyen a los socios acciones, participaciones o cuotas de todas las sociedades; siendo necesario en este régimen el consentimiento de los afectados.

Por otra parte, puede surgir la duda de si sería posible el reparto de numerario en vez de acciones, participaciones o cuotas ya que para los casos de fusión se permite “la compensación complementaria en dinero” (art.31.2ª). Hay que considerar que no sería posible en base a una interpretación literal del art.74 LME sobre el proyecto de escisión que en su apartado segundo no menciona la posibilidad de la compensación en dinero.

Cuando la LME se refiere a “afectados” no especifica si se refiere a todos los socios de la sociedad escindida o únicamente a aquéllos que no gozarán de un reparto proporcional cuantitativo y cualitativo. Se ha interpretado que sería necesario el consentimiento de todos los socios de la sociedad escindida, ya que a todos les puede afectar ese reparto proporcional cuantitativo. Así se evitan situaciones abusivas de posibles socios que les interesen acciones de determinada sociedad beneficiaria y no de las otras, el socio que participa en todo el reparto puede frenar el reparto desigual al votar negativamente el acuerdo de distribución. La consecuencia de ese voto negativo sería que habría que llevar a cabo un reparto proporcional cuantitativo y cualitativo; si no se puede llevar a cabo de este modo el reparto, la escisión no se llegaría a producir. Para evitar que no se produzca la escisión, los administradores de la sociedad deberán establecer varios planes de reparto no proporcional para así conseguir el acuerdo unánime de los socios²¹⁴.

²¹⁴ RODRÍGUEZ ARTIFAS, F.: “Escisión”, pgs.56 y 57.

La LME no establece la fecha en los socios deberán consentir el reparto, ya en el régimen de la LSA la doctrina advertía ²¹⁵ que debía ser con anterioridad a la Junta General que acordase la escisión, ya que si se emitiera en la Junta sólo lo harían los asistentes y así se evita que peligre el proceso de escisión por la falta de consentimiento de los socios afectados. Actualmente, se interpreta que, al ser el acuerdo de reparto parte del proyecto de escisión, será al aprobar el proyecto de escisión cuando se aprobará el reparto²¹⁶.

En referencia a la segregación, el art.71 LME muestra una redacción más sencilla, ya que únicamente establece que la sociedad segregada recibirá acciones, participaciones o cuotas, sin mencionar la proporcionalidad en el reparto dado que existe sólo un receptor la sociedad segregada. Seguidamente, el art.74 relativo a las especialidades del proyecto de escisión vuelve a subrayar en el punto 2º que en el proyecto de segregación no se mencionará el reparto a los socios de acciones, participaciones o cuotas.

A simple vista puede parecer que a los socios no les influye este tipo de operación dado que su poder accionarial permanece inalterable, si bien, la doctrina²¹⁷ ha advertido cómo estas operaciones provocan un cambio en el poder decisorio de las sociedades, dado que si la sociedad crea una filial, las acciones de esa filial permanecerán en el patrimonio de la sociedad que segrega y no lo recibirán los socios por lo que será el consejo de administración de la sociedad segregada el que tenga el poder decisorio sobre la sociedad beneficiaria de la aportación.

Se podría pensar que los acreedores pueden “sufrir” ante un proceso de segregación como ocurre en los procesos de escisión parcial, donde ven como en la sociedad escindida generalmente se reduce el capital dada la transmisión en bloque del patrimonio. Sin embargo, en una segregación se produce un cambio en la forma de los activos; una sociedad pasa de tener una rama de actividad a obtener acciones, participaciones o cuotas sociales de la sociedad a la que segrega su patrimonio, por lo que en principio los acreedores no deberían de preocuparse. No obstante, “como las

²¹⁵ IBID, p.56.

²¹⁶ MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A.: “Escisión parcial”, p.434.

²¹⁷ Entre otros, ALONSO LEDESMA, C.: “La segregación y constitución de sociedad íntegramente participada mediante transmisión del patrimonio”, en AA.VV, *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Tomo II*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, pgs. 488 y ss.

comparaciones son odiosas”, los acreedores pueden ver como ese cambio en la composición del patrimonio de la sociedad segregada puede ralentizar el cobro de su crédito.

Como relatamos en la etapa histórica, las alarmas saltaron en la etapa anterior a la LME; el silencio del legislador español provocaba, que las sociedades decidían a su antojo el traspaso de deudas al segregar una rama de actividad, si les interesaba consideraban la segregación con los caracteres de una escisión, es decir, con traspaso de activos y bien o bien hacían aportaciones singulares. Tras el vaivén jurisprudencial en el caso ECROS-ERTOIL, las posiciones quedaban más claras, gracias también a las diversas resoluciones de la DGRN defendiendo la prohibición de la aplicación analógica de la escisión parcial a la segregación.

Aunque, con la promulgación de la LME, hay que admitir que el nuevo régimen de segregación los acreedores “dormirán tranquilos” y no se les planteará la duda de quién va a responder de las deudas dado la redacción del art.80 LME, ante un proceso de segregación; si la sociedad beneficiaria de la transmisión no cumple las obligaciones crediticias, responderán las demás sociedades beneficiarias hasta el límite del valor del activo neto traspasado y la sociedad segregada por la totalidad de la obligación. Es más, como el régimen de la fusión es aplicable a la escisión también poseerán los diversos instrumentos que proporciona la LME para los casos de fusiones, como son, los derechos de información, oposición e impugnación.

Como cierre de este capítulo, sólo nos queda elogiar la postura de nuestro legislador, la admisión de la segregación como clase de escisión imprime seguridad jurídica a las operaciones de modificación estructural. La inestabilidad durante la vigencia de la TRLSA ante la atipicidad de la segregación ha quedado en el pasado, en el presente la segregación y escisión son figuras diferenciadas por el legislador, aunque podríamos decir que muy cercanas, como hermanos gemelos cuya rasgo diferenciador es el receptor de la contraprestación.

V. LAS ESPECIALIDADES DEL PROCEDIMIENTO DE ESCISIÓN PARCIAL Y SEGREGACIÓN

1. La dependencia del procedimiento de fusión.

La primera idea que conviene resaltar del procedimiento es la dependencia casi total del procedimiento de escisión con el procedimiento de fusión. Así, el art.73 LME, dispone la aplicación de las normas relativas a la fusión, por lo que cuando el legislador se refiera a la “sociedad resultante de la fusión”, en la escisión se estaría refiriendo a las sociedades beneficiarias.

Este carácter remisor no es nuevo para la práctica escisoria española, ya que el antiguo régimen del TRLSA en el art.254 utilizaba también la misma técnica de remisión. Esta caracterización procedimental continuista ha sido tomada con ligero entusiasmo por la doctrina, observan cómo se ha perdido la oportunidad de dotar a la escisión de un régimen diferenciado al de la fusión dado el antagonismo que en muchos casos se produce entre ambas figuras²¹⁸. Es más, también consideran poco acertado la equiparación procedimental entre la escisión y la segregación, propugnado un régimen diferenciador entre ambas, por ejemplo, como vimos en el capítulo anterior, el nivel de protección a los acreedores debería ser menor en la segregación ya que únicamente se produce un cambio cualitativo patrimonial y no cuantitativo como se producen en la escisión parcial²¹⁹.

Pues bien, dada la intención legislativa continuista, lo único con lo que nos podemos contentar es con que se establecen diversas especialidades en los arts. 74 y siguientes de la LME para la escisión, así como un régimen simplificado para escisiones especiales, sin olvidarnos de la necesaria transposición de la Directiva 2009/109/CE que nos brindará ciertos cambios que afectarán al procedimiento de fusiones y escisiones.

²¹⁸ Entre otros, ASTORGA MORANO, R.: “El nuevo régimen...”, pg.136 y bibliografía allí citada.

²¹⁹ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: “Comentario al Proyecto de Ley...”, pgs.66-67.

2. Las salvedades del régimen escisorio.

En todo proceso de modificación estructural existe una fase previa, no normativizada, donde las partes interesadas en llevar a cabo una escisión parcial o segregación se pondrán de acuerdo en emprender el procedimiento escisorio, pueden hasta concluir acuerdos precontractuales que supondrán el reflejo de una intencionalidad común que culminará en el proyecto de escisión.

El proyecto de escisión, común a todas las sociedades implicadas, es equiparable al proyecto común de fusión, por lo que tendremos que incluir las menciones recogidas en el art.31 LME. Si bien, como añade el art.74 LME, tendremos que incluir “la designación y, en su caso, el reparto preciso de los elementos de activo y del pasivo que han de transmitirse a las sociedades beneficiarias”, el art.75 establece cómo repartir aquellos elementos activos y pasivos que no se han incluido en el proyecto de escisión total, sin embargo guarda silencio respecto de las otras clases escisorias por lo que la doctrina ha considerado que como tanto en la segregación como en la escisión parcial no se produce la división total de todo el patrimonio, aquellos elementos que no se hayan reflejado en el proyecto continuarán en la sociedad escindida²²⁰.

También será necesario incluir en el proyecto, la repartición de la contraprestación recibida por socios de la sociedad escindida. Como ya analizamos anteriormente, el criterio general establecido en el art.76 es un reparto cualitativo, todos los socios de la sociedad escindida parcialmente recibirán acciones, participaciones o cuotas de todas las sociedades beneficiarias en proporción a su participación originaria en la sociedad escindida; siendo el criterio de proporcionalidad cuantitativa de carácter especial por lo que será necesario que aquellos socios afectados por este tipo de reparto que consientan la distribución.

A su vez, el apartado 2º acertadamente niega que la mención sobre el reparto se incluya en el proyecto de segregación, ya que la contraprestación siempre será recibida por la sociedad segregada. Además, aunque no lo menciona dicho apartado, en los casos

²²⁰ GARRIDO DE PALMA, V.M.: “Escisión”, pg.188. “Salvo que otra cosa disponga el proyecto”, en MEMENTO EXPERTO.: “Reforma mercantil 2009...”, pg.1183.

de “filialización” tampoco se producirá ese reparto porque es la sociedad holding la que recibe la totalidad de las acciones, participaciones o cuotas de la filial.

Respecto a los informes de los administradores y expertos independientes también requieren incluir ciertas especialidades respecto a los que tendrían que realizarse en caso de fusión. El informe de los administradores, además de la justificación jurídica y económica del proyecto de escisión o segregación como ocurre en la fusión, en los casos en los que las sociedades beneficiarias sean anónimas o comanditarias será necesario, como indica el art.77, que se emitan informes sobre las aportaciones no dinerarias, en qué Registro Mercantil están depositados o se depositarán los informes.

El art.78 añade el informe de expertos independientes en los casos en que participen sociedades anónimas o comanditarias por acciones, será necesario el informe de uno o varios expertos independientes sobre el proyecto de escisión, como detalla el art.34.3 se referirá al tipo de canje así como la equivalencia entre el patrimonio aportado y el capital de la nueva sociedad o el aumento del capital de la absorbente, en la escisión, la beneficiara. La especialidad en los casos de escisión reside en que se realizará una valoración del patrimonio no dinerario. La designación de los expertos la realizará el Registrador mercantil del domicilio de cada una de las sociedades, si bien, los administradores podrán acordar que se realice un único informe, por lo que se dirigirán a uno de los Registradores que le correspondan por domicilio a cualquiera de ellas para que nombre a uno o varios expertos independientes.

Sin embargo, la obligatoriedad del informe de expertos independientes encuentra una excepción en el apartado 3 del art.78, cosa que no ocurre con el informe de los administradores. Si la totalidad de los socios con derecho de voto y aquellos que puedan ejercer legítimamente el derecho de voto, de cada una de las sociedades implicadas, acuerdan que no se lleven a cabo, éste informe no será obligatorio. Aunque este apartado, actualmente, debemos tratarlo con mucha cautela.

En efecto, una reciente resolución de la DGRN²²¹, referida a la aplicación del art.34.5, “hermano” del 78.3 al referirse también a la no obligatoriedad del informe de

²²¹ RDGRN 2/02/2011

expertos independientes en las fusiones, ha limitado el ámbito de inaplicación del mismo para los casos en que la sociedad absorbente sea anónima. Concretamente, no ha negado la opcionalidad del informe ante un consenso de todos los socios en aquellos asuntos que sólo les afectan a los mismos, es decir, el tipo de canje y la metodología para su establecimiento. Sin embargo, no se podrá prescindir de una valoración por parte de los expertos independientes sobre la equivalencia entre patrimonio aportado y capital de la nueva sociedad o aumento de capital. Las razones son palmarias, en base a que el 34.5 es un reflejo el principio de realidad del capital social²²² defiende que el “informe del experto independiente sobre la equivalencia entre el patrimonio aportado y el aumento del capital de la sociedad absorbente es exigido en interés no sólo de los accionistas sino también de los acreedores sociales, por lo que no puede dejarse al arbitrio de aquéllos exclusivamente.”²²³,

La trasposición de la nueva Directiva 2009/109/CE²²⁴ va a provocar una modificación en referencia esta cuestión, en la línea apuntada por la DGRN. En los supuestos en los que la beneficiaria sea una sociedad anónima o comanditaria por acciones se prescindirá del informe del experto independiente si existe acuerdo unánime, pero será obligatorio el informe sobre el patrimonio aportado a la sociedad beneficiaria tanto en sede fusión como de escisión²²⁵.

También cabe mencionar en relación con la Directiva 2009/109, como las escisiones que catalogamos como especiales al principio del trabajo, que siguen el régimen de fusiones con las especialidades recogidas para la escisión, pero además el legislador les permite omitir una serie de requisitos. Entre ellos destaca la posibilidad de prescindir de los informes de administradores y expertos sobre el proyecto de escisión en los casos de escisión inversa, cuando la sociedad beneficiaria fuera titular del

²²² Estableciendo el art.59 relativo a la realidad de la aportación como argumento clave de su postura.

²²³ Fundamento de Derecho 2º, también establece como con la aplicación de las Directivas comunitarias, entre otras la D109/2009 llegaríamos a la misma conclusión: “En definitiva, de esta disciplina comunitaria resulta que, pudiendo prescindirse del informe sobre el proyecto de fusión por voluntad de los socios, será siempre necesario un informe de experto sobre la suficiencia económica de la aportación patrimonial que constituya el contravalor del aumento del capital de la sociedad absorbente.”

²²⁴ Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por la que se modifican las Directivas 77/91/CEE, 78/855/CEE y 82/891/CEE del Consejo y la Directiva 2005/56/CE en lo que se refiere a las obligaciones de información y documentación en el caso de las fusiones y escisiones.

²²⁵ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “La reforma...”, pg.103. Da un paso más que la reforma europea, defendiendo un único proceso sin especialidades escisorias dada la armonización de las Directivas para fusiones y escisiones, bastaría el art.73 LME.

noventa por ciento o más del capital de la sociedad a escindir, así como en los casos de escisiones gemelares²²⁶. Si bien, con la nueva Directiva, este régimen simplificado pasará a ser de optativo a obligatorio, por lo que habrá de estar atentos a la transposición de la misma²²⁷.

La fase decisoria transcurre por el “cauce” marcado para las fusiones aunque el legislador establece dos precisiones para los casos de escisión. En primer lugar, dado el lapso de tiempo que transcurre entre la elaboración del proyecto de escisión y la fecha de junta de socios pueden acaecer modificaciones patrimoniales. El art.79 LME impone, a los administradores de la sociedad escindida, la obligación de informar a la junta de socios sobre “la modificación importante de patrimonio”. En los casos de escisión por absorción, es decir, la sociedad beneficiaria existía con anterioridad a la escisión, también tendrán la obligación de informar a la junta de socios pero se le añade la obligación de informar a los administradores de la sociedad escindida, que informarán a su junta de socios.

La segunda especialidad, que sólo se produce en la escisión parcial, es la ya comentada distribución de la contraprestación entre los accionistas de la sociedad escindida. El art.76 establece la regla general del reparto proporcional cualitativo para los supuestos en que haya varias sociedades beneficiarias, en otras palabras, los socios, en proporción a la participación que ostentaban en la sociedad escindida, se le repartirían acciones, participaciones o cuotas de todas las sociedades beneficiarias. En caso contrario, ante un reparto cuantitativo que permitiese que un socio o varios no ostentasen una participación en alguna de las sociedades beneficiarias, se necesitaría el consentimiento individual de aquellos socios afectados. El problema que observa la doctrina es que la posibilidad de hacer un reparto cuantitativo sólo puede producirse cuando haya varias sociedades beneficiarias, en el supuesto de forzar una aplicación analógica del precepto para aquellas escisiones que haya una sola beneficiaria, implicaría una “falla” en la estructura de la escisión dado que todos los socios de la escindida deben recibir la contraprestación, por lo que nos encontraríamos únicamente

²²⁶ Art49 y siguientes de la LME. Si bien, en aquellos casos en que la sociedad beneficiaria fuera titular de manera indirecta de las acciones o participaciones de la sociedad a escindir, el informe de los expertos independientes será necesario. Así como en los casos de escisiones gemelares cuando estén participadas escindida y beneficiaria por el mismo socio.

²²⁷ Un amplio análisis de las modificaciones a realizar en la LME se encuentra en ALVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “La reforma...”.

ante una operación atípica²²⁸ que dada la especialidad de las modificaciones estructurales sería necesario un reconocimiento expreso por parte del legislador.

El fin del proceso escisorio, la fase de ejecución del acuerdo de escisión por la junta general, comenzará con la elevación de éste a escritura pública, como establece la LME para la fusión en el art.45 LME. Si bien, para su inscripción en el Registro mercantil y así devenir eficaz la escisión, además de lo previsto para la fusión en el art.227 RRM, el apartado 1º del art.235 RRM añade que se debe mencionar la clase de escisión, en referencia a nuestro trabajo sería escisión parcial o segregación, también habrá que indicar si se produce extinción de la sociedad que se escinde, circunstancia que no ocurre en las figuras objeto de estudio, y, finalmente, si las sociedades beneficiarias son de nueva creación o ya existentes. El apartado 2º indica que se acompañarán los mismos documentos a la escritura que en la fusión, es decir, el proyecto de escisión, salvo depósito en el mismo Registro, ejemplares de los diarios en los que se publicó la convocatoria de la Junta y el acuerdo de escisión, el informe de los administradores de cada una de las sociedades, informe de experto o expertos independientes sobre el proyecto de escisión y sobre el patrimonio aportado, excepto en los supuestos en los que se haya aprobado por unanimidad prescindir de los mismos. Finalmente, el art.237 RRM, establece la obligación de comunicación al Registro Mercantil Central por parte de cada uno de los Registradores Mercantiles, que correspondan a las sociedades participantes en la escisión, y a las sociedades resultantes de la misma, los datos necesarios para su publicación, concretamente, la escisión parcial, si se crean nuevas sociedades o las modificaciones producidas en las sociedades beneficiarias existentes en las escisiones por absorción.

²²⁸ ALONSO ESPINOSA, F.J y LÁZARO SÁNCHEZ, E.J.: “Especialidades...”, pg.320. Aunque afirman que este tipo de operación atípica sería perfecta para los supuestos de conflictos entre socios ya que proporcionaría una vía rápida a la situación actual, en la que las sociedades se ven obligadas a realizar una escisión total con la redistribución de socios y todo el patrimonio entre diversas sociedades beneficiarias.

VI. IMPLICACIONES CONTABLES DE LA ESCISIÓN TRAS EL RD 1159/2010

1. Introducción.

El Código de Comercio en el art.25 establece la obligación a todo empresario de “llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su Empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones”. Consecuentemente, dada la importancia de la contabilidad para la vida societaria, será necesario dedicar un apartado para el análisis del tratamiento de las modificaciones estructurares por la contabilidad.

Brevemente, habría que destacar el proceso armonizador que ha sufrido la normativa contable en los últimos años hasta superar las fronteras de la Unión Europea. En efecto, en la década de los 90 se comenzó a contemplar, desde las instancias europeas, la posibilidad de alcanzar un régimen contable internacional común²²⁹. En 2002, la “internacionalización” de la contabilidad fue una realidad al aprobarse el Reglamento (CE) n° 1606/2002²³⁰, el objeto del mismo era conseguir que, a partir del 2005, las sociedades cotizadas aplicasen “un corpus único de normas contables internacionales” en la formulación de sus cuentas anuales, que facilitaría la realización de operaciones transfronterizas o la cotización de las sociedades de la Unión Europea en cualquier otra bolsa extranjera, en otras palabras, se reforzaría la libre circulación de capitales tanto dentro de la Unión como en el extranjero. Las normas contables elegidas fueron las IFRS o NIIF²³¹ emitidas por la IASB.

En España el movimiento armonizador se tradujo en la inclusión de las NIIF mediante la disposición final undécima de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social donde sólo se establecía la obligación de formular cuentas consolidadas a las sociedades cotizadas, posteriormente con la promulgación de la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base

²²⁹ La síntesis del proceso armonizador se puede consultar en : http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/single_market_services/financial_services_general_framework/k126040_es.htm (16.11.2011)

²³⁰ Reglamento (CE) n° 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativo a la aplicación de normas internacionales de contabilidad.

²³¹ En castellano, NIIF, siglas de Normas Internacionales de Información Financiera.

en la normativa de la Unión Europea, así como con la consiguiente aprobación de los Planes Generales de Contabilidad²³² ha supuesto la ampliación de la armonización contable a la formulación de las cuentas individuales.

Sin embargo, el camino hacia la unificación contable no había terminado, faltaban las normas para la formulación de las cuentas anuales consolidadas. Si bien, las lagunas se venían salvando gracias a diversas disposiciones de técnica contable de la citada Ley 16/2007, el Código de Comercio, y la norma de registro y valoración 19ª “Combinaciones de negocios” del nuevo Plan, así como se apoyaban en la doctrina del ICAC incluida en la Nota publicada en su Boletín número 75, de septiembre de 2008²³³.

Finalmente, en el 2008, el IASB elabora la NIF 3. “Combinación de negocios”, posteriormente, en junio de 2009 fueron aprobados los Reglamentos (CE) n.º 494/2009 y 495/2009 de la Comisión, de 3 de junio de 2009, que modifican el Reglamento (CE) n.º 1126/2008 por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo, respectivamente, a la Norma Internacional de Contabilidad (NIC) 27 «Estados financieros consolidados y separados» y la Norma Internacional de Información Financiera (NIIF) 3 «Combinaciones de negocios».

Estos Reglamentos han urgido al gobierno español a armonizar las “Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas” mediante Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, además de modificar los Planes Generales de Contabilidad.

Nuestro estudio se centra en esta última modificación contable, ciñéndonos a la norma de registro y valoración 19ª Combinaciones de negocios, incluida en la segunda parte del Plan General de Contabilidad.

²³² Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad y en el Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas y los criterios contables específicos para microempresas.

²³³ Exposición de Motivos, RD 1159/2010.

2. Concepto de combinación de negocios.

Su definición se encuentra desglosada en el párrafo segundo de la norma de registro y valoración 19^a, la cual define negocio como “un conjunto integrado de actividades y activos susceptibles de ser dirigidos y gestionados con el propósito de proporcionar un rendimiento, menores costes u otros beneficios económicos directamente a sus propietarios o partícipes”. La característica fundamental a destacar de esta definición es su redacción con un tono “futurible”, al utilizar la expresión “susceptibles de ser” está implicando la posibilidad de que con anterioridad a la combinación de negocios ese negocio no fuese tal negocio o bien que si en una combinación de negocios se producen pérdidas ya no podría ser tal negocio a los ojos de la contabilidad.

En la antigua norma 19 del RD 1514/2007 se definía negocio como “un conjunto de elementos patrimoniales constitutivos de una unidad económica dirigida y gestionada con el propósito de proporcionar un rendimiento, menores costes u otros beneficios económicos a sus propietarios o partícipes”. Al comparar la norma actual con su versión anterior, nos encontramos con la sorpresa de que se ha desechado el binomio negocio-unidad económica, que a buen seguro será utilizado por la doctrina para una vez más solicitar al legislador la modificación de la LME para definir finalmente que es unidad económica o bien, seguir la técnica contable desechando la utilización de un concepto indeterminado, como es la unidad económica, y definir detalladamente qué partes patrimoniales son susceptibles de ser el ingrediente adecuado para una escisión parcial o una segregación. Además en la antigua versión se utilizaba el tiempo presente en vez del futuro implicando que el negocio debía ser una unidad económica antes de producirse la combinación de negocios y no como en la actual que solo menciona la viabilidad del negocio ex post, es decir, tras la combinación de negocios²³⁴.

La segunda parte del concepto de combinación de negocios supone la adquisición del control que es definido en ambas redacciones del precepto como “el poder de dirigir la política financiera y de explotación de un negocio con la finalidad de

²³⁴ Definición criticada por la empresa auditora KPMG que ve cómo al poder ser una combinación de negocios una simple adquisición de activos, puede suponer un gran cambio en sectores como el tecnológico, farmacéutico e inmobiliario. BARROSO, C y ASLA, E.: “Real Decreto 1159/2010 sobre normas de consolidación y modificación del Plan General de Contabilidad: una visión práctica”, pg.7, disponible en: www.kpmg.es

obtener beneficios económicos de sus actividades”. Por lo tanto, será una combinación de negocios, aquella en la que una empresa obtenga el control de uno o varios negocios de acuerdo con la norma 19^{a235}.

Otra de las novedades de la nueva redacción de esta norma es que la empresa debe comprobar siempre en cada transacción si se trata de una combinación de negocios o no. Por lo tanto, no sirve una mera etiquetación de la transacción como combinación de negocios sino que es necesaria la comprobación del cumplimiento de los requisitos del concepto de combinación de negocios.

La norma también establece qué formas jurídicas pueden dar origen a una combinación de negocios. Las que son el objeto de nuestro análisis se encuentran en la letra a del párrafo tercero del número primero²³⁶ referidas a la fusión o escisión de varias empresas y a la adquisición de todos los elementos patrimoniales de una empresa o de una parte que constituya uno o más negocios. Por lo tanto, al referirse genéricamente a “escisión” y al ser una norma posterior a la LME tenemos que entender que la segregación se encuentra recogida implícitamente como posible combinación de negocios. Sin embargo, es necesario advertir, como señala con acierto la doctrina²³⁷, que no todas las escisiones parciales o segregaciones supondrán una combinación de negocio. Será necesario detenerse en la realidad económica intrínseca de la combinación y no en su investidura jurídica, o apariencia externa, como escisión. En efecto, en contabilidad rige el principio de prevalencia del fondo sobre la forma, así advertido en Código de Comercio en el art.34.2 donde se establece que en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica y el Plan General Contable²³⁸ añade que para mostrar la imagen fiel del patrimonio será necesario contabilizar las operaciones atendiendo a la realidad económica y no solo a la forma jurídica.

²³⁵ BAZÁN, L.: “La nueva normativa contable de combinaciones de negocios entre empresas independientes y entre empresas de grupo”, *Técnica contable*”, pg.62.

²³⁶ Las letra c se refiere a la adquisición de las acciones o participaciones en el capital de una empresa, incluyendo las recibidas en virtud de una aportación no dineraria en la constitución de una sociedad o posterior ampliación así como la letra d, menciona otras operaciones o sucesos cuyo resultado es que una empresa, que posee o no previamente participación en el capital de una sociedad, adquiere el control sobre esta última sin realizar una inversión.

²³⁷ BAZÁN, L.: “La nueva normativa contable...”, pg.62.

²³⁸ Primera parte, Marco Conceptual de la Contabilidad, 1º Cuentas anuales. Imagen fiel: (...)

Por lo tanto, en aquellas escisiones donde se adquiere el “control” sí que se aplicaría la norma 19ª, mientras que en aquellas escisiones donde no se produce una transferencia del control, no se aplicaría esta regla; este segundo tipo de escisiones son las denominadas “intragrupo” que se contabilizarán en base a la norma 27ª. Operaciones intragrupo. Esta distinción provoca que mientras el PGC sí diferencia dos formas de contabilizar la escisión, la LME no hace distinción entre escisión intragrupo o no agrupándolas todas como figuras de la clase de escisión. Como advierte la doctrina²³⁹, se produce una disociación entre la calificación jurídica y contable, provocando que en ciertos casos una escisión que sea inscrita como tal en el Registro Mercantil, no sea un negocio para los ojos del Plan General de Contabilidad. Una vez más, observamos, como las empresas se encuentran con un legislador que en vez de ayudarlas aportando claridad y homogeneización, lo único que genera es más quebraderos de cabeza.

La importancia nuclear de la determinación de si nos encontramos ante una combinación de negocios o no es debida a que su método de contabilización será diferente. Si una escisión parcial o segregación cumple la definición de la NRV.19, el método a aplicar será el de adquisición. El apartado segundo de la citada norma determina que el método de adquisición consiste en contabilizar, en la fecha de adquisición, “los activos identificables adquiridos y los pasivos asumidos, así como, en su caso el correspondiente fondo de comercio o diferencia negativa”. Es decir, los activos y pasivos de la sociedad adquirente no varían pero se contabilizan e incluyen en el balance de la adquirente los activos y pasivos de la adquirida a su valor razonable y en el caso de existir fondo de comercio también se contabilizaría. La crítica latente en este sistema es la diferente valoración de los activos y pasivos en una misma empresa, en un mismo ejercicio, mientras la combinación de negocios es actualizada, los restantes activos y pasivos permanecen inalterados en base a su valoración histórica²⁴⁰. En cambio, en las escisiones intragrupo habría que dirigirse a la NRV 27 que se rige por el método de *pooling of interests*, un método de carácter continuista que tendremos oportunidad de explicar.

²³⁹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “El Derecho contable de fusiones y de las otras modificaciones estructurales- Problemática contable en la Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, Marcial Pons, 2010, pgs.61ss.

²⁴⁰ IBID, pg.25.

3. Etapas en el método de adquisición:

Ante una escisión parcial o segregación, que cumpla el concepto de combinación de negocios, aplicaremos el método de adquisición en el cual han de seguirse los siguientes pasos

A) Identificar a la empresa adquirente.

Es fundamental determinar con exactitud cuál es la empresa adquirente porque será la encargada de reflejar en su contabilidad la operación a su valor razonable así como, en su caso, el correspondiente fondo de comercio o diferencia negativa. Si bien, como hemos comentado, el patrimonio de la empresa permanecerá inalterado con el valor que aparezca reflejado en los libros de contabilidad²⁴¹.

En el subapartado 2.1 de la NRV 19 nos encontramos con los pasos a seguir para determinar la empresa adquirente. En primer lugar, la define como aquella empresa que adquiere el control sobre el negocio o negocios adquiridos, advirtiendo nuevamente de la necesaria observancia de la realidad económica sin detenerse únicamente en la forma jurídica. Establece como regla general para la identificación de la empresa adquirente, determinar cuál empresa es la que entrega la contraprestación a cambio del negocio o negocio adquiridos. Si esta regla general no fuera suficiente para la determinación de la empresa adquirente incluyen cuatro criterios adicionales. El criterio preferente es el estudio del juego de las mayorías tras una combinación de negocios, es decir, si la combinación da lugar a que los socios de la entidad combinada tienen la mayoría de los derechos de voto en la entidad combinada o tengan el derecho a nombrar o cesar a la mayoría de los miembros del órgano de la administración de la entidad combinada o representen a la mayoría de las participaciones minoritarias con voto en la entidad combinada entonces nos encontraríamos con la empresa adquirente.

Si aun así sigue sin determinarse quien es la entidad adquirente se aplicaría el criterio del apartado b, aquella empresa cuyos socios o propietarios tengan la facultad de designar al equipo de dirección del negocio combinado será la empresa adquirente.

²⁴¹ BAZÁN, L.: “La nueva normativa contable...”, pg.63.

Además se añaden otros dos criterios que atienden a establecer como empresa adquirente a aquella cuyo valor razonable es significativamente mayor que el de otras que intervengan en la operación y el apartado d señala a la adquirente como aquella que paga una prima sobre el valor razonable de los instrumentos de patrimonio de las restantes sociedades.

Cabe subrayar como el espíritu de la modificación de la NRV 19 es intentar que no haya lugar a duda sobre quien es la empresa adquirente, aunque no se han producido cambios sustanciales si la comparamos con la antigua NRV19, lo que se sí se ha intentado es ser más descriptivo al introducir los criterios del juego de las mayorías y el de pago de la prima que anteriormente no existían²⁴².

Aunque con la aplicación de los cuatro criterios llegaríamos en la mayoría de los casos a “Roma”, es decir, a una misma empresa adquirente. Ocurre, en ciertas ocasiones, que la empresa adquirente no es la que entrega la contraprestación. Son las denominadas adquisiciones inversas, en las que el negocio adquirido sea el de la sociedad absorbente, de la beneficiaria o de la que realiza la ampliación de capital. Esto puede ocurrir cuando en una escisión la unidad económica escindida es de tal magnitud que las acciones emitidas como contraprestación por la beneficiaria suponen que los accionistas de la escindida obtendrán el control de la sociedad beneficiaria de la escisión²⁴³. La NRV 19º ha previsto este fenómeno producido en procesos escisorios al incluir en el concepto de entidad adquirente los casos en los que mediante escisión se produce una adquisición inversa. En estos casos, la contabilización de la combinación de negocios se llevará a cabo por la adquirente legal (en el ejemplo anterior, la sociedad beneficiaria de la escisión) y la formulación de las cuentas anuales presentadas son la continuación de las cuentas de la adquirida legal que es la adquirente contable; en esta situación serán de aplicación las Normas para la Formulación de las Cuentas Anuales Consolidadas del Código de Comercio. Una vez más nos encontramos con un ejemplo de desunión entre la LME y el PGC, donde la calificación legal de sociedad escindida y

²⁴² GARCÍA-OLMEDO GARRIDO, B, RODRÍGUEZ ARIZA, L.: “Modificaciones del RD 1159/2010: método de adquisición”, *Consolidación*, nº229, pg.29

²⁴³ IBID.

sociedad beneficiaria no se corresponde con la calificación contable de empresa adquirente²⁴⁴.

Añade la NRV 19º, en relación con las escisión, fusión o aportación no dineraria cuando sean operaciones por las que se constituyan nuevas empresas, la empresa adquirente tampoco será la nueva empresa sino que debe ser una de las partícipes ya existente con anterioridad a la operación de reestructuración. La razón es que al ser creada la nueva sociedad a partir de la combinación de negocios, el accionariado de la misma será de los accionistas de la sociedad escindida, obteniendo el control de la sociedad beneficiaria o adquirente legal o adquirida contablemente.

La NRV 19 también establece reglas especiales cuando son más de dos empresas o negocios los que intervienen en la combinación. Se considerarán “otros factores” para determinar la empresa adquirente la empresa que inició la combinación o la que mayor volumen de activos, ingresos o resultados. Realizando una interpretación gramatical de la misma, la utilización de “otros factores” no se refiere a que únicamente se utilizarán estos criterios especiales sino que serán complementarios a la regla general y a los criterios antes descritos.

B) Fecha de adquisición y la retroactividad contable.

La determinación de la fecha de adquisición ha sido una de las cuestiones más polémicas en los últimos años dada la heterogeneidad de las normas que la regulaban. El art.235.d) de la LSA establecía como parte del contenido del proyecto de fusión la “fecha a partir de la cual las operaciones de las sociedades que se extingan habrán de considerarse realizadas a efectos contables por cuenta de la sociedad que traspasa el patrimonio”. La doctrina²⁴⁵ analizaba como este artículo proporcionaba a las sociedades la libertad para elegir la fecha de la sucesión contable para así retrotraer la contabilidad hasta esa fecha, admitiéndose la posibilidad de que fuese una fecha distinta a la sucesión jurídica, si bien, habitualmente, las empresas limitaba la retroacción al cierre del último ejercicio de las empresas que se extinguían, pero también había la opinión²⁴⁶ sobre

²⁴⁴ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “*El Derecho contable de fusiones y de las otras modificaciones estructurales...*”, pg.92.

²⁴⁵ CORTÉS DOMÍNGUEZ, L.J y PÉREZ TROYA, A.: “Fusión de sociedades...”, pgs.150-154-

²⁴⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “*El Derecho contable de fusiones y de las otras modificaciones estructurales...*”, pg.92.

viabilidad de la posposición de la fecha de eficacia contable al cierre del ejercicio siguiente a la fecha de eficacia de la fusión.

Con la llegada del Plan General Contable en el 2007²⁴⁷, la NRV 19 disponía que la fecha de adquisición se correspondiera con la fecha de adquisición del control de la sociedad. Por lo que parecía que el PGC estaba poniendo límite a la retroacción contable, las sociedades ya no podrían determinar libremente la fecha, en contraposición con la LSA sí que permitía la libre determinación de la fecha²⁴⁸. Dada la falta de concreción, el ICAC, con la respuesta a una consulta²⁴⁹ planteada sobre este tema, intentó dar luz sobre el asunto en cuestión explicando que con la entrada en vigor del PGC, el apartado d del art.235 se encontraba supeditado los métodos contables de registro y valoración de las fusiones, es decir la NRV 19 y 21, por lo cual, ya no se podía establecer potestativamente una fecha de fusión o escisión distinta de la fecha de adquisición de control en los casos de empresas que no pertenezcan al mismo grupo²⁵⁰.

La consulta fue valorada²⁵¹ como un freno a la retroacción contable, los efectos contables de la escisión nunca podrían ser anteriores a la fecha de la Junta de la entidad adquirida (escindida), si bien, se entendió que el ICAC no prohibía que fuese elegida una fecha posterior siempre que se adquiriese en la misma el control. Aunque esta no fue una opinión unánime²⁵², dado que también se alarmaba sobre cómo el PGC había entrado en conflicto con la LSA al ser esta última una Ley y el PGC un reglamento, por lo que debería seguir prevaleciendo la libre determinación de la fecha de adquisición, como establecía la LSA, para respetar el principio de jerarquía normativa.

En la actualidad, el tratamiento de la fecha de adquisición se encuentra en el apartado 2.; a simple vista destaca la amplitud de su redacción, si lo comparamos con la antigua NRV 19 la cual únicamente establecía la fecha de adquisición como la fecha en

²⁴⁷ Con anterioridad al PGC, únicamente había un Borrador de normas de contabilidad aplicables a las fusiones y escisiones que remitía a lo estipulado por la LSA, por lo tanto la fecha de adquisición era determinada en el proyecto de fusión o escisión (art.10 y 17 del Borrador disponible en BOICAC 14, Octubre, 2008).

²⁴⁸ FERNÁNDEZ ELORZA, I.: “La fecha de efectos contables de fusiones y escisiones en la nueva normativa contable”, *RMV*, nº4, 2009, pgs 435 y 436.

²⁴⁹ BOICAC, nº75, Consulta nº1.

²⁵⁰ Para las fusiones intragrupo, el ICAC consideraba la viabilidad de una fecha de fusión anterior a la aprobación o inscripción de la fusión.

²⁵¹ FERNÁNDEZ ELORZA, I.: “La fecha de efectos contables...”, pgs 436 y 437.

²⁵² En contra de la prevalencia del PGC, BLANCO RINCÓN, FJ Y CREMADES SHULZ, M.: “La retroacción contable tras el nuevo plan general de contabilidad y la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, *RMV*, nº5, 2009, pg.300.

la que la empresa adquirente adquiere el control del negocio o negocios adquiridos así como con la norma que da origen a este apartado la NIIF 3(2008)²⁵³. La doctrina ha considerado que tal extensión obedece al propósito de aunar en un mismo texto la aclaración de la cuestión tan discutida por la doctrina dada la parquedad de la normativa contable sobre la fecha de adquisición además de las obligaciones registrales que le supone a las empresas una fusión o escisión²⁵⁴.

Aunque la nueva norma sigue manteniendo la fecha de adquisición como la de la adquisición del control de la sociedad, para los casos de fusiones y escisiones establece las siguientes particularidades. En primer lugar, sitúa la fecha de adquisición en el día de celebración de la Junta de accionistas u órgano equivalente de la empresa adquirida en que se apruebe la operación, este acercamiento de la normativa contable a la mercantil ha sido criticado al vulnerar el principio contable de la prevalencia del fondo sobre la forma jurídica²⁵⁵. Es más, seguidamente a la regla general, establece una salvedad, al determinar la validez del establecimiento en el proyecto de fusión o escisión de un pronunciamiento expreso sobre la asunción de control del negocio por la adquirente en un momento posterior. Ello es aplicable en los casos en que exista una sociedad de control y una filial íntegramente participada donde los socios que controlan las sociedades llegan a un acuerdo sobre la fecha de adquisición de control previamente, aunque el acuerdo de escisión en Junta será a efectos de aplicación de la norma de registro y valoración sobre operaciones intragrupo²⁵⁶.

Sin embargo, las obligaciones registrales²⁵⁷ de la empresa adquirida seguirán hasta el día de la inscripción de la escisión en el Registro Mercantil, día en el cual la sociedad adquirente reconocerá los efectos retroactivos de la escisión a partir de la fecha

²⁵³ Párrafo 9: Es generalmente aquella en la que la adquirente transfiere legalmente la contraprestación, adquiere los activos y asume los pasivos de la adquirida-la fecha de cierre. Sin embargo, la adquirente puede obtener el control en una fecha anterior o posterior a la fecha de cierre. Por ejemplo, la fecha de adquisición precederá a la fecha de cierre si un acuerdo escrito prevé que la adquirente obtenga el control de la adquirida en una fecha anterior a la fecha de cierre.

²⁵⁴ GARCÍA-OLMEDO GARRIDO, B, RODRÍGUEZ ARIZA, L.: “Modificaciones del RD 1159/2010...”, pg.30. Un reciente estudio sobre el estado de la cuestión: FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “A vueltas con la "fecha de efectos contables" de la fusión/escisión o cesión global tras la última reforma del PGC por RD 1159/2010”, *RdS*, nº36, 2011-2012, pgs. 357-385.

²⁵⁵ IBID.

²⁵⁶ BAZÁN, L.: “La nueva normativa contable...”, pg.63.

²⁵⁷ 28.2 Código de Comercio: El libro Diario registrará día a día todas las operaciones relativas a la actividad de la empresa. Será válida, sin embargo, la anotación conjunta de los totales de las operaciones por períodos no superiores al mes, a condición de que su detalle aparezca en otros libros o registros concordantes, de acuerdo con la naturaleza de la actividad de que trate.

de adquisición por lo que la empresa adquirida tendrá que ajustar el libro diario para dar de baja las operaciones realizadas desde la fecha de adquisición. Así mismo, la sociedad adquirente, cuando la escisión esté inscrita, se dispondrá a reconocer los elementos patrimoniales del negocio adquirido aplicando los criterios de reconocimiento y valoración del apartado 2.4. Al igual que el mantenimiento del libro Diario, se mantendrá la formulación de las cuentas anuales hasta que se inscriba la escisión momento cuando se hace eficaz la misma.

La norma establece una serie de reglas dependiendo si la inscripción se realiza dentro del periodo de formulación de cuentas anuales o si es posterior para así determinar hasta donde llega la retroactividad. Para ello vamos a establecer dos supuestos imaginarios:

Primer supuesto:

- | |
|--|
| <ul style="list-style-type: none">- Junta de Accionistas 21/11/2011 Aprueba el proyecto de escisión (Fecha de adquisición)- Cierre ejercicio 31/12/2011- Fecha inscripción registral 3/03/2012- Límite formulación cuentas anuales 31/03/2012 |
|--|

En este caso la escisión se inicia en 2011 y se completa en 2012, la sociedad adquirente recoge en sus cuentas anuales los ingresos y gastos y los flujos de efectivo correspondientes a la sociedad adquirida desde la fecha de adquisición del control, así como activos y pasivos identificables. Por su parte, la sociedad adquirida también recogería los ingresos y gastos y flujos de efectivo pero hasta la fecha de adquisición, dando de baja del balance los activos y pasivos con efectos contables desde esa fecha.

Por lo tanto, siempre que la inscripción de la escisión se produzca, en el mismo año en que se aprueba o en el siguiente pero siempre dentro del plazo límite para la formulación de las cuentas anuales, la sociedad adquirente tendrá que contabilizar la operación aplicando una retroacción contable hasta la fecha de adquisición y a su vez la empresa adquirida recogerá en sus cuentas anuales el contenido de la combinación de negocios pero hasta la fecha de la adquisición, fecha en la cual se producirá la cancelación de los activos y pasivos de la combinación de negocios de la empresa adquirida.

Segundo supuesto

- Junta de Accionistas 21/11/2011 Aprueba el proyecto de escisión (Fecha de adquisición)
- Cierre ejercicio 31/12/2011
- Límite formulación cuentas anuales 31/03/2012
- Fecha de inscripción registral 15/4/2012

En este segundo supuesto, a diferencia del anterior, la fecha de inscripción registral es posterior a la fecha límite para la formulación de las cuentas anuales por lo que no habrá retrocesión como el supuesto anterior, únicamente se incluirá la información sobre el proceso de escisión en la memoria de la sociedad adquirente y adquirida. Una vez registrada se hará un ajuste de la información comparativa del ejercicio anterior.

Finalmente, la norma tampoco se olvida de las adquisiciones inversas estableciendo especialidades para las mismas. En primer lugar, impone la obligación de que los efectos contables de la escisión o fusión deben mostrar el fondo económico, por lo que en la fecha de inscripción, los ingresos y gastos del negocio adquirido (la adquirente legal), devengados hasta la fecha de adquisición, deben contabilizarse contra la cuenta prima de emisión o asunción (cuenta 110) y los ingresos y gastos de la empresa adquirente se reflejarán en las cuentas anuales de la sociedad beneficiaria de la escisión desde el inicio del ejercicio económico.

C) Coste de la combinación.

Tras determinar la fecha de adquisición será necesario calcular el coste que supone la combinación de negocios para la empresa adquirente. Es decir, en nuestro caso, una operación de escisión, la empresa adquirente aportará como contraprestación a la empresa escindida acciones, participaciones o cuotas.

Mientras la nueva NIIF 2008 ya no lo ha denominado como coste de combinación sino contraprestación transferida y la incluye en el fondo de comercio (número 32, apartado a-i), el RD1150/2010 ha mantenido al coste de combinación como un apartado independiente, como en la antigua norma, si bien se ha restringido su contenido.

Para determinar el coste de la combinación se sumarán los activos entregados, los pasivos incurridos o asumidos y los instrumentos de patrimonio emitidos por el adquirente. El valor razonable en la fecha de adquisición es el criterio utilizado para valorar los activos y pasivos mientras que los instrumentos de patrimonio o los pasivos financieros emitidos como contraprestación se valorarán a su precio de cotización siempre que estén admitidos a cotización en un mercado activo. Sin embargo, para los casos como la fusión o escisión su valoración se basará en la ecuación de canje. La doctrina alerta, ante esta última precisión, la difícil convivencia entre las NIIF 2008, que no recogen esta salvedad, y la intención del legislador español de incluir las especialidades contables que se producen en España en los supuestos de modificación estructural²⁵⁸.

Si con las valoraciones anteriores no se representase fielmente el coste de la combinación, la norma establece la posibilidad de utilizar el valor razonable del negocio adquirido para estimar el valor de la contraprestación entregada. Además de prever los casos en que el valor contable de los activos no se corresponda con su valor razonable, la diferencia de valor correspondiente se recogerá en la cuenta de pérdidas y ganancias en base a la norma sobre permutas de inmovilizado material²⁵⁹. El problema es que esta norma establece un tratamiento diferente para las permutas comerciales y las que no lo son, y al no determinar si los activos de una combinación de negocios son permutas comerciales, puede suceder que se contabilice como una permuta no comercial y no se registre el activo²⁶⁰. A si mismo habrá que sumar las contraprestaciones contingentes que dependan de eventos futuros o del cumplimiento de ciertas condiciones a su valor razonable, como ejemplo puede ser un contrato aun sin ejecutar o bien una indemnización por incumplimiento contractual pendiente de pago.

²⁵⁸ GARCÍA-OLMEDO GARRIDO, B, RODRÍGUEZ ARIZA, L.: “Modificaciones del RD 1159/2010...”, pg.36.

²⁵⁹ NRV 2.1.3: En las operaciones de permuta de carácter comercial, el inmovilizado material recibido se valorará por el valor razonable del activo entregado más, en su caso, las contrapartidas monetarias que se hubieran entregado a cambio, salvo que se tenga una evidencia más clara del valor razonable del activo recibido y con el límite de este último. Las diferencias de valoración que pudieran surgir al dar de baja el elemento entregado a cambio se reconocerán en la cuenta de pérdidas y ganancias.(...)
Cuando la permuta no tenga carácter comercial o cuando no pueda obtenerse una estimación fiable del valor razonable de los elementos que intervienen en la operación, el inmovilizado material recibido se valorará por el valor contable del bien entregado más, en su caso, las contrapartidas monetarias que se hubieran entregado a cambio, con el límite, cuando esté disponible, del valor razonable del inmovilizado recibido si éste fuera menor.

²⁶⁰ GARCÍA-OLMEDO GARRIDO, B, RODRÍGUEZ ARIZA, L.: “Modificaciones del RD 1159/2010...”, pg.36.

Las novedades, respecto a la norma anterior, se encuentran en que hay costes que ya no están incluidos en la combinación de negocios. En efecto, los costes relacionados con la transacción y los honorarios no forman parte del coste de la combinación de negocios. Mientras que los costes de transacción se reconocerán como gastos de explotación²⁶¹, los honorarios de aquellos profesionales que colaboran en la operación, como pueden ser abogados o consultores, serán también un gasto a reflejar en la cuenta de pérdidas y ganancias; al desprenderse la combinación de negocios de una gran parte de los gastos, que con la anterior normativa generaban un fondo de comercio de gran cuantía, los resultados en el año de la combinación serán menores²⁶². Además la norma sigue contabilizando los gastos de emisión de los instrumentos de patrimonio y de los pasivos financieros a cambio de los elementos patrimoniales adquiridos en base a la normativa relativa a instrumentos financieros, por lo tanto se incluirán en las reservas²⁶³.

El siguiente paso, en una combinación de negocios, es reconocer y valorar los activos identificables adquiridos y los pasivos asumidos. El apartado 2.4 sienta los criterios a seguir.

En primer lugar, el reconocimiento de activos y pasivos supone la incorporación al balance, la cuenta de pérdidas y ganancias o el estado de cambios en el patrimonio neto de los diferentes elementos de la combinación de negocios. Se llevará a cabo analizando si activos y pasivos cumplen la definición establecida en el Marco Conceptual de Contabilidad²⁶⁴ y a su vez deben ser componentes de la combinación de

²⁶¹ BARROSO, C y ASLA, E.: “Real Decreto 1159/2010 sobre normas de consolidación y modificación del Plan General de Contabilidad: una visión práctica”, pg.12, disponible en: www.kpmg.es

²⁶² GARCÍA-OLMEDO GARRIDO y B, RODRÍGUEZ ARIZA, L.: “Modificaciones del RD 1159/2010...”, pg.37.

²⁶³ ROMANO APARICIO, J.: “Combinaciones de negocios, NRV 19.ª del PGC (I)”, en *Contabilidad y Tributación- Comentarios y Casos Prácticos*, Diciembre 2010, pg.225.

²⁶⁴ Las normas 4 y 5 del Marco Conceptual de la Contabilidad, definen a los activos: bienes, derechos y otros recursos controlados económicamente por la empresa, resultantes de sucesos pasados, de los que se espera que la empresa obtenga beneficios o rendimientos económicos en el futuro(..). Los activos deben reconocerse en el balance cuando sea probable la obtención a partir de los mismos de beneficios o rendimientos económicos para la empresa en el futuro, y siempre que se puedan valorar con fiabilidad. El reconocimiento contable de un activo implica también el reconocimiento simultáneo de un pasivo, la disminución de otro activo o el reconocimiento de un ingreso u otros incrementos en el patrimonio neto. Por el contrario los pasivos son: obligaciones actuales surgidas como consecuencia de sucesos pasados, para cuya extinción la empresa espera desprenderse de recursos que puedan producir beneficios o rendimientos económicos en el futuro. A estos efectos, se entienden incluidas las provisiones (...) Los pasivos deben reconocerse en el balance cuando sea probable que, a su vencimiento y para liquidar la obligación, deban entregarse o cederse recursos que incorporen beneficios o rendimientos económicos futuros, y siempre que se puedan valorar con fiabilidad. El reconocimiento contable de un pasivo implica

negocios aunque no hubiesen sido anteriormente registrados²⁶⁵ en la sociedad escindida por no cumplir los criterios de reconocimiento para dichas cuentas anuales. Además, no se podrá obviar las restantes normas de registro y valoración así como los posibles acuerdos contractuales, condiciones económicas, criterios contables y de explotación, etc., vigentes en la fecha de adquisición.

En segundo lugar, la valoración monetaria de la operación será mediante la utilización del criterio del valor razonable de los activos y pasivos en la fecha de adquisición, siempre y cuando sea posible su determinación con la suficiente fiabilidad.

Los criterios de reconocimiento y valoración anteriores son de tipo general, el propio apartado 2.4 también establece las siguientes especialidades.

Los arrendamientos gozan de un tratamiento diferenciador a la hora de aplicar el criterio de reconocimiento. Si la regla general es la clasificación de activos y pasivos a la fecha de adquisición, los contratos de arrendamiento o similares se reconocerán en base a las condiciones estipuladas en la fecha del contrato o en la fecha de modificación de las condiciones contractuales que puede coincidir con la fecha de adquisición. A su vez, también se establecen particularidades para los arrendamientos operativos. En efecto, cuando la empresa adquirente sea la arrendataria, si las condiciones son favorables para la misma, lo contabilizará como un activo intangible mientras que si supone condiciones desfavorables, por ejemplo, la variación al alza del precio del alquiler si se compara con otros arrendamientos similares, tendrá que incluirse una provisión. La crítica que podría aducirse es que no dispone qué consecuencias contables supone un arrendamiento cuando la empresa adquirente fuese el arrendador, la NIIF 2008 tampoco nos aclara la duda y la antigua NRV 19 era aún más genérica, dado que no determinaba cuál era la posición de la empresa adquirente en el registro de los arrendamientos operativos. Por lo que puede entenderse que la especial contabilización de los arrendamientos operativos se produce únicamente cuando la empresa adquirente

el reconocimiento simultáneo de un activo, la disminución de otro pasivo o el reconocimiento de un gasto u otros decrementos en el patrimonio neto.

²⁶⁵ La NIIF 3 (2008) sí que ejemplifica en qué supuestos la empresa adquirida puede no haber contabilizado activos. El apartado 13 establece como el nombre comercial, una patente o la relación con un cliente no figuran como activos en la cuentas de la adquirente dado que fueron generados internamente por lo que su coste fue reflejado como un gasto.

es arrendataria y en los casos que fuese arrendadora, se reflejaría en el valor razonable del bien las condiciones ventajosas o desfavorables del contrato²⁶⁶.

Por su parte, los activos no corrientes clasificados como mantenidos para la venta se registrarán por la NRV 7^a. Estos activos son definido como aquellos cuyo valor contable se recuperará fundamentalmente a través de su venta, en lugar de por su uso continuado, y siempre que el activo sea posible su venta inmediata y altamente probable. A la hora de su contabilización, se elegirá el método contable cuyo importe sea más bajo, bien su valor contable o su valor razonable menos los costes de venta.

Los activos y pasivos por impuesto diferido seguirán la NRV 13, por lo que tampoco se utilizará el criterio del valor razonable, sino que se valorarán atendiendo al importe que se vaya a recuperar o pagar en función del tipo impositivo aplicable en el momento de la recuperación o pago, conforme a la legislación fiscal vigente, o aprobada pendiente de publicación, en la fecha de adquisición.

Los activos y pasivos asociados a retribuciones a largo plazo o también denominados planes de pensiones de prestación definida²⁶⁷ se contabilizarán, en la fecha de adquisición, sustrayendo al valor actual de las retribuciones comprometidas, pensiones, el valor razonable de los activos que se utilizarán para la liquidación de las obligaciones contraídas por la empresa con el plan de pan de pensiones. Sin embargo, dentro del contenido del valor actual de las obligaciones se incluyen los costes de los servicios pasados debidos a cambios en las prestaciones o porque se introdujo un plan antes de la fecha de adquisición, además de las ganancias y pérdidas actuariales que hayan surgido antes de la fecha de adquisición.

El inmovilizado intangible que no puede ser valorado tomando como referencia un mercado activo supondrá su contabilización como un ingreso en la cuenta de pérdidas y ganancias (fondo de comercio). El activo se calculará deduciendo la diferencia negativa de su valor razonable. En el caso que la diferencia negativa sea superior al valor total del inmovilizado intangible, el activo no podrá ser registrado. Esta excepción a la regla general vuelve a descolgarse de la NIIF 3 que tampoco la contempla. En otro orden de términos, se reconocerán como inmovilizado intangible los

²⁶⁶ GARCÍA-OLMEDO GARRIDO y B, RODRÍGUEZ ARIZA, L.: “Modificaciones del RD 1159/2010...”, pg.39.

²⁶⁷ Antigua denominación en la NRV.19 2007.

derechos readquiridos como son las franquicias que en su día la empresa adquirente traspaso a la empresa adquirida y que debido a la combinación de negocios las franquicias vuelven a estar en manos de la empresa adquirente. Para su valoración se atenderá al periodo contractual que quede para la finalización del mismo sin tener en cuenta posibles renovaciones.

Hay activos que son recibidos como forma de indemnización porque se ha generado una contingencia o incertidumbre en relación con un activo o pasivo, por ejemplo, la recepción de un activo para compensar los costes de un ERE²⁶⁸. La regla general de valoración de los mismos sería la determinación valor razonable en la fecha de adquisición. Si bien, se establece la salvedad para aquellos activos indemnizatorios asociados a activos o pasivos que sigan las excepciones anteriormente descritas provocará su valoración en el mismo momento que se valore el activo o pasivo al cual va asociado y será consistente con ese elemento que genera la contingencia o incertidumbre.

Las contingencias que pueden surgir en una combinación de negocios serán contabilizadas como pasivo y valoradas al valor razonable que supone la obligación. Pero únicamente se reconocerán aquellas contingencias que sean una obligación presente generada por acontecimientos pasados y sea posible la determinación del valor razonable con fiabilidad. Como bien se ha apuntado el problema es cómo determinar una obligación presente es un pasivo contingente, en la práctica²⁶⁹ se ha optado por establecer como tal aquellas obligaciones cuya probabilidad de pago sea superior a un cincuenta por cien mientras que la probabilidad sea menor no se reconocerán.

Finalmente, cabe señalar, como supuesto especial, que si a la fecha de cierre del ejercicio fuera imposible concluir el proceso de valoración, se utilizarán valores provisionales. Posteriormente, en un periodo no superior al año, se ajustarán en base a la información obtenida que de haberse conocido en la fecha de adquisición hubiese alterado los importes contabilizados en la fecha de adquisición²⁷⁰.

²⁶⁸ BARROSO, C y ASLA, E.: “Real Decreto 1159/2010 sobre normas de consolidación y modificación del Plan General de Contabilidad...”, pg.18.

²⁶⁹ IBID, pg.16 y 17.

²⁷⁰ Un estudio detallado del modo de realizar los ajustes de los valores se encuentra en “*Contable 2011 : actualizado a octubre de 2010*”, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, pgs.1216 y ss.

D) Fondo de comercio.

El apartado 2.5 recoge cómo contabilizar el fondo de comercio en los casos de combinaciones de negocio. La regla general coincide con los casos en los que el coste de la combinación sea mayor que la diferencia de activos adquiridos menos los pasivos asumidos, ese exceso será reconocido como fondo de comercio y como establece la NRV 6.c será el único caso en que el fondo de comercio se computará como activo y añade que tampoco se amortizará sino que se observará su posible deterioro.

La excepción a la regla anterior ocurre cuando el coste de la combinación de negocios es menor que el resultado de restar a los activos adquiridos los pasivos asumidos. En este caso, la nueva NRV 19 obliga a “repasar” la operación, identificando nuevamente activos y pasivos así como su valoración para detectar posibles fallos así como que se muestre toda la información recibida a partir de la fecha de adquisición²⁷¹, a diferencia de antes de la entrada en vigor del RD que no había que realizar ningún tipo de valoración adicional. Si las valoraciones eran correctas, el exceso no se contabilizará como fondo de comercio sino que se reflejará en la cuenta de pérdidas y ganancias como un ingreso; sin embargo puede suceder que salgan a la luz activos de carácter contingente o elementos de inmovilizado intangible para los que no existe mercado activo, éstos no se reconocerán teniendo como límite el exceso producido.

La contabilización del fondo de comercio variará en aquellas combinaciones de negocios realizadas por etapas, recogidas el apartado 2.7. Estas combinaciones se caracterizan porque la adquisición del control de la adquirida es un proceso formado por varias operaciones que ocurren en fechas distintas, a diferencia de una combinación de negocios común. La consecuencia principal es la forma especial de calcularse el fondo de comercio:

(Coste de la combinación de negocios+ valor razonable en la fecha de adquisición de las inversiones en las “etapas”)- (valor activos identificables adquiridos-pasivos asumidos)= fondo de comercio o diferencia negativa

²⁷¹ BAZÁN, L.: “La nueva normativa contable...”, pg.66.

4. Las diferencias entre las combinaciones de negocios y las operaciones intragrupo.

Finalmente, en la NRV 21 se establecen los pasos a seguir en la contabilización de las operaciones intragrupo, concretamente el apartado 2.2 se refiere a las operaciones de escisión y segregación. Aunque guardan similitud en aspectos como la identificación de la entidad adquirente o la cuantificación del coste de la combinación, presenta ciertas diferencias respecto al NRV 19.

Por ejemplo, la fecha de efectos contables es la del inicio del ejercicio en el que se aprueba la escisión, a diferencia de la NRV 19 que se establecía la fecha de adquisición como tal. La única excepción es en los casos en que una de las sociedades se ha incorporado al grupo en el ejercicio en que se produce la escisión, en los cuales la fecha de efectos contables será al igual que en la NRV 19, la fecha de adquisición.

Por otra parte, el reconocimiento y valoración de los activos adquiridos y pasivos asumidos tampoco se valorarán en la fecha de adquisición sino que habrá que acudir a las cuentas consolidadas y tomar los valores reflejados en ellas; he aquí la gran diferencia con la NRV 19, el método utilizado es el llamado “*pooling of interests*” o unión de intereses, el cual se caracteriza por ser un método que no quiere reflejar la existencia de una nueva adquisición, sino un continuismo en el reparto de riesgos y beneficios antes de la combinación, “*Carry-Over-Basis*”²⁷². En otras palabras, la entidad adquirente reflejará los valores contables preexistentes en la otra entidad, razón por la cual la fecha de efectos contables ya no puede ser la fecha de adquisición sino la del inicio del ejercicio. Finalmente, a consecuencia de la aplicación de este método “continuista”, tampoco se creará un nuevo fondo de comercio o diferencia negativa porque no se produce una nueva adquisición, sino que se cargará a reservas la diferencia que puede surgir.

Tras el examen de las combinaciones de negocios, observamos cómo la nueva NRV 19 ha dotado al sistema de mayor claridad que a buen seguro las empresas agradecerán. Sin embargo, no siempre el Derecho español ha seguido las directrices europeas optando por la aplicación de las mismas “a la española”, provocando en

²⁷² FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “*Derecho contable de fusiones y de las otras modificaciones estructurales...*”, pg.23 y ss.

determinadas ocasiones también la descoordinación entre la LME y la normativa contable. En un futuro, debería intentarse reproducir más fielmente las Directivas sobre la materia, así como estudiar un nuevo método de contabilización, dado que ni el método de adquisición ni el de unión de intereses muestran una imagen fiel de la empresa, el primero porque únicamente se contabiliza la combinación de negocios, sin alterar el valor del resto del patrimonio en la fecha de adquisición, por lo tanto se contraponen valores actualizados y los que no lo están. El método de unión de intereses dado su carácter continuista también puede generar inseguridad porque pueden aflorar reservas ocultas o plusvalías latentes más fáciles de maquillar en un método historicista no sometido a los rigores de una nueva valoración emprendida en la fecha de adquisición. Habrá que esperar a la viabilidad de la aplicación de un nuevo método como podría ser el “*fresh start*”, en una combinación de negocios se valoraría todo de la misma forma, al valor razonable²⁷³.

²⁷³ IBID, 26. En un estudio realizado por diversos profesores analizaron la viabilidad del fresh start para las combinaciones de negocios, sus defensores argüían que el método de fresh start ofrece una representación real, verdadera de la operación de reestructuración debido a que todas las partes implicadas se ven afectadas por la operación. Disponible en: “*Dissenting opinions on IFRS 3*”, <http://81.17.244.69:8080/text/ifrs03bv/97.html> (16.11.2011)

VII. EL RÉGIMEN ESPECIAL DE TRIBUTACIÓN DE LA ESCISIÓN PARCIAL Y LA SEGREGACIÓN

1. Concepto.

Las modificaciones estructurales, al igual que inciden a nivel contable, también repercuten en la fiscalidad de las sociedades que deciden emprenderlas. Desde la transmisión de la unidad económica al canje de las acciones tienen su reflejo fiscal, suponiendo un gran coste para las empresas si aplican el régimen general del TRLIS. Por lo tanto, el legislador ha optado por configurar un régimen especial caracterizado por el principio de neutralidad.

El principio de neutralidad impositiva, cuyo origen se remonta a 1929, logra que tras el establecimiento y aplicación del impuesto, los contribuyentes sigan comportándose de la misma forma que si no hubiesen aplicado el impuesto²⁷⁴. La administración no quiere suponer un freno²⁷⁵ a la hora de decidir si emprender, en nuestro caso, una operación de reestructuración.

Su aplicación a las modificaciones estructurales se produjo mucho tiempo después; una vez más, sería gracias a la tarea armonizadora de la Directiva europea 90/434, la que introduce el régimen fiscal especial del IS. Advirtiéndose en uno de sus considerandos, la importancia de establecer normas fiscales neutras respecto de la competencia, para los casos de fusión, escisión, aportación de activos y canjes de acciones entre socios de diferentes Estados miembros, para así conseguir la adaptación de las empresas a las exigencias del mercado común así como el aumento de la productividad y el reforzamiento de su posición de competitividad en el plano internacional. Veinte años después, Europa sigue defendiendo la neutralidad impositiva de estas operaciones, la Directiva 2009/133/CE vuelve a subrayar la importancia del establecimiento de normas fiscales neutras respecto de la competencia para este tipo de operaciones.

²⁷⁴ PÉREZ DE AYALA, J.L.: “El principio de “neutralidad impositiva” y su significado para el Derecho Constitucional español”, *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, Nº. 39, 2009, págs. 195-216 pg.197.

²⁷⁵ RUIZ BAÑA, Mª. L.: “Las operaciones de reestructuración en la imposición sobre la renta”, en AA.VV. *Transmisiones de empresas y modificaciones estructurales de sociedades*, 2010, BOSCH, pg.237.

Por consiguiente, se podría afirmar que la esencia del régimen especial del TRLIS²⁷⁶ es despejar la carga fiscal operaciones de reestructuración²⁷⁷; en otras palabras, gracias a este tratamiento especial se consigue el diferimiento de la tributación de las rentas que pueden surgir de la consecución de una operación de reestructuración²⁷⁸. Si bien hay que subrayar que diferimiento no es sinónimo de exención fiscal, sino que el diferimiento implica el traslado de la tributación de las plusvalías generadas a un momento posterior, cuando la entidad adquirente proceda a la transmisión de los bienes²⁷⁹.

La segunda característica fundamental del régimen especial del IS es su carácter opcional. El art.84 TRLIS así lo refleja, aunque no es común que las empresas renuncien al régimen al gravarse la operación por el régimen general, también puede suceder que las sociedades se acojan a la neutralidad mientras que los socios, por residencia en distinto país, no pueden aplicarlo.

La tercera y última característica entronca con la opcionalidad del régimen; la aplicación del régimen especial no se aplica sin más, sino que es necesario un motivo económico válido. Los autores subrayan cómo el régimen de neutralidad no es sinónimo de un régimen de incentivación de la reestructuración empresarial sino que es una técnica para la supresión de las trabas en el camino hacia una estructura empresarial eficiente²⁸⁰. Es más, lo que se pretende es preservar la competencia en la economía de mercado, por lo tanto no es un régimen que quiera incidir en la toma de decisiones de comprador y vendedor²⁸¹, en nuestro caso, sociedad transmitente y beneficiaria. Consecuentemente, uno de los problemas a los que se enfrentarán las sociedades y la Administración es dilucidar y probar si la operación de reestructuración cumple un motivo económico válido y que no es una simple argucia para la evasión del régimen general del IS.

²⁷⁶ Aunque en este trabajo nos referimos únicamente al TRLIS por la transcendencia para las sociedades mercantiles, actores principales en las modificaciones estructurales, la neutralidad se extiende a otros impuestos como IRPF, ITPAJD o el IVA.

²⁷⁷ SALTO GUGLIERI, J y ROMERO DE LA VEGA, A.: “Manual de operaciones de reestructuración empresarial- Fusiones, escisiones, Aportación de activos y Canjes de Valores”, CISS, 2010, pg.45.

²⁷⁸ BANACLOCHE PÉREZ, J: “Tributación de las Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles”, en “La reestructuración empresarial y las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, pg.310.

²⁷⁹ RUIZ BAÑA, M^a. L.: “Las operaciones de reestructuración...”, pg.250.

²⁸⁰ BANACLOCHE PÉREZ.: “Tributación...”, pg.310.

²⁸¹ PÉREZ DE AYALA, J.L.: “El principio...”, pg.198.

2. El encaje de la escisión parcial y la segregación como operaciones amparadas por el régimen especial del TRLIS.

El artículo 83.2.1º del TRLIS define la escisión en su apartado b²⁸², asimilándola a la escisión parcial mercantil, aunque estableciendo una serie de restricciones que provocan que no todas las escisiones parciales para el derecho sustantivo les será de aplicación el régimen especial del IS, como observamos en el Derecho contable, ocurría una situación similar en las escisiones que podrían encajar en la combinación de negocios.

El precepto actual es fruto de la reforma operada por la Ley 25/2006, de 17 de Julio, que obedece a la incorporación de la Directiva 2005/19/CE. Ha sido tildado como más restrictivo en comparación con su homólogo anterior. En efecto, la nueva redacción exige que en una escisión parcial, además de segregar una o varias ramas de actividad, en la entidad transmitente debe permanecer al menos una rama de actividad, mientras que en la anterior redacción sólo exigía que el patrimonio segregado fueren ramas de actividad, sin necesidad de que se mantuviera una rama de actividad en la sociedad escindida. La intención del legislador es clara, evitar que un amplio concepto de escisión parcial introduzca en el régimen de neutralidad escisiones cuya razón de ser no es la reestructuración empresarial sino la evasión fiscal como pueden la transmisión de un bien inmueble o la separación de socios²⁸³. Consecuentemente, no todas las escisiones parciales van a poder acogerse al régimen especial de diferimiento ya que ni el antiguo artículo 233 LSA ni el actual art.70 LME exigen la permanencia en la sociedad escindida de una unidad económica²⁸⁴. Si bien es cierto, como se ha comentado en el apartado del trabajo relativo a la unidad económica, que la doctrina ha venido solicitando al legislador que se manifieste sobre la cuestión ante las situaciones

²⁸² 83.2.1ºc) b): “Una entidad segrega una o varias partes de su patrimonio social que formen ramas de actividad y las transmite en bloque a una o varias entidades de nueva creación o ya existentes, manteniéndose en su patrimonio al menos una rama de actividad en la entidad transmitente, recibiendo a cambio valores representativos del capital social de estas últimas, que deberán atribuirse a sus socios en proporción a sus respectivas participaciones, con la consiguiente reducción de capital y reservas en la cuantía necesaria, y, en su caso, una compensación en dinero en los términos de la letra anterior (que no exceda del 10 por 100 del valor nominal o, falta valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de la contabilidad”.

²⁸³ IBID, pg.119.

²⁸⁴ Aunque se ha apuntado que las empresas podrían, aun manteniéndose bloqueada la escisión parcial, seguirse beneficiado de este régimen especial cuando en las sociedades con una única rama de actividad se lleve a cabo una escisión total respetando la proporcionalidad, en SALTO GUGLIERI, J y ROMERO DE LA VEGA, A.: “Manual de operaciones de reestructuración...”, pg.125.

alarmantes que se pueden producir debidas al “libertinaje” en la composición del patrimonial.

Por otra parte, como también se analizó en el apartado de la unidad económica, rama de actividad no tiene porqué ser sinónimo de unidad económica; por lo tanto, de nuevo, la legislación fiscal restringe las operaciones de escisión parcial al definir la rama de actividad como el conjunto de elementos patrimoniales susceptibles de constituir una unidad económica que puede funcionar por sus propios medios.

Paralelamente al carácter restrictivo de la redacción del precepto relativo a la escisión parcial, sorprende la amplitud del apartado c)²⁸⁵ que recoge una figura, la escisión financiera parcial, no contemplada por la legislación mercantil. Caracterizándose por segregar parte del patrimonio de una sociedad holding, con esta operación ya no se segrega una rama de actividad, sino participaciones en el capital de otras entidades que supongan una participación mayoritaria en dichas entidades, aunque también establece el requisito de permanencia en la sociedad escindida de una rama de actividad, permite que sean participaciones de similares características a las transmitidas de otra entidad. Por último, al igual que la escisión fiscal y mercantil, los socios de la entidad transmitente recibirán la contraprestación en proporción a sus respectivas participaciones.

Tras la entrada en vigor de la LME y la sustantivación de la figura de la segregación nos encontramos con que el TRLIS no ha sido reformado para albergar esta nueva clase de escisión. La decisión lógica sería la de asimilarla a uno de los supuestos de escisión fiscal, pero es inviable por la sencilla razón de que la contraprestación en un proceso de escisión ya sea escisión total, parcial y financiera, en el TRLIS, es recibida por los socios y en la segregación es la sociedad quien la recibe.

La doctrina había mantenido durante largos años, hasta la cristalización normativa en la LME, que la segregación mercantil era sinónimo de aportación no

²⁸⁵ 83.2.1ºc)c): “ Una entidad segrega una parte de su patrimonio social, constituido por participaciones en el capital de otras entidades que confieran la mayoría del capital social en éstas, manteniendo en su patrimonio al menos participaciones de similares características en el capital de otra u otras entidades o bien una rama de actividad, y la transmite a otra entidad, de nueva creación o ya existente, recibiendo a cambio valores representativos del capital de la entidad adquirente, que deberá atribuir a sus socios en proporción a sus respectivas participaciones, reduciendo el capital social y las reservas en la cuantía necesaria y, en su caso, una compensación en dinero en los términos de la letra a) anterior”.

dineraria fiscal. En la aportación no dineraria de rama de actividad²⁸⁶ una sociedad transmite a otra una o varias ramas de actividad, recibiendo a cambio valores representativos del capital de la sociedad adquirente. Como podemos observar es una definición que encaja relativamente con la segregación mercantil dado que no se produce la operación mediante sucesión universal²⁸⁷, lo que constituye una gran diferencia, a simple vista, pero, como también hemos estudiado, tampoco es posible afirmar con rotundidad que en la segregación se produce verdaderamente la sucesión universal debido al juego de responsabilidades. Para complicar un poco más la cuestión, también nos encontraríamos con el freno de la rama de actividad, pues como anteriormente comentamos, rama de actividad no es sinónimo de unidad económica. Por otra parte, destaca la diferencia entre el tratamiento de la escisión fiscal y la aportación no dineraria ya que a esta última no le es exigible que permanezca en la sociedad transmitente una rama de actividad, a mi parecer es debido a que al ser la sociedad la que recibe las participaciones o acciones, lo que se produce es un cambio en el patrimonio de la sociedad, pasando de tener ramas de actividad a acciones o participaciones de una empresa.

Con la entrada en vigor de la LME, la pregunta a plantearse era si desaparecía la aportación no dineraria de rama fiscal al consagrarse la segregación como clase de escisión. La DGT pronto respondió, defendiendo la no desaparición de la aportación no dineraria de rama de actividad sino que la segregación mercantil tendría que adaptarse al régimen de la aportación no dineraria de rama de actividad fiscal para poder aplicar el régimen especial del TRLIS²⁸⁸. Siguiendo este argumento, la doctrina añadía que si verdaderamente la intención del legislador era asimilar la aportación no dineraria al régimen de la escisión, la hubiera incluido en su apartado 2 y no redactarla de modo independiente en el apartado 3. Cabe añadir, que la segregación que encaje en el apartado 3 contará con el beneficio añadido de que en el régimen de la aportación no

²⁸⁶ Art.83. 3: “Tendrá la consideración de aportación no dineraria de ramas de actividad la operación por la cual una entidad aporta, sin ser disuelta, a otra entidad de nueva creación o ya existente la totalidad o una o más ramas de actividad, recibiendo a cambio valores representativos del capital social de la entidad adquirente”.

²⁸⁷ SALTO GUGLIERI, J y ROMERO DE LA VEGA, A.: “Manual de operaciones de reestructuración...”, pg.41.

²⁸⁸ Resolución 16 de julio de 2009 recogida en GÓMEZ BARREDA, R., ABAD VALDENEBRO, E.: “Principales aspectos fiscales de las modificaciones estructurales”, en AA.VV, *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, volumen. 2, 2009, Cizur Menor, Aranzadi.

dineraria el TRLIS no le obliga a que permanezca en la sociedad segregada una rama de actividad²⁸⁹ cosa que no ocurre en los casos de escisión parcial.

Si aun así, la segregación no encajare en el régimen de la aportación no dineraria de rama de actividad, la doctrina, para salvar a estas operaciones de verse abocadas al régimen general, también han estudiado la posibilidad de encajar la segregación en las aportaciones no dinerarias especiales del art. 94 TRLIS y en el canje de valores²⁹⁰.

Las aportaciones no dinerarias especiales del art.94 TRLIS vienen a ser como un cajón de sastre; aquellas aportaciones que no encajen en la aportación no dineraria de actividad pueden intentar encuadrarse en las especiales y así aplicar el régimen de neutralidad, si bien deben cumplir dos requisitos obligatoriamente, a saber, en primer lugar, la sociedad beneficiaria debe residir en España o poseer un establecimiento permanente en España a donde se afecten dichas aportaciones y, en segundo lugar, que la sociedad transmitente participe en la beneficiaria en al menos un 5 por 100. Por lo tanto, aquellas segregaciones cuyas unidades económicas transmitidas no alcancen la definición de rama de actividad pueden aun beneficiarse de la neutralidad mediante esta vía.

Finalmente, el canje de valores²⁹¹ es la figura cuya similitud con la segregación es más opaca dado que como su nombre indica se produce un intercambio de participaciones o acciones y no se transmite una rama de actividad. En efecto, el fin de la operación es que una sociedad adquiera una participación mayoritaria en una sociedad; para ello adquirirá los valores de socios de esa sociedad y a cambio éstos recibirán valores de la sociedad que quiere obtener la posición mayoritaria. Por lo tanto, aunque es cierto que como en la segregación es la sociedad transmitente es la que recibe

²⁸⁹ GARCÍA ROSS, J.J.: “Las reestructuraciones empresariales: aspectos fiscales de la segregación”, *Quincena fiscal*, nº12, junio, 2010, pg.52.

²⁹⁰ SALTO GUGLIERI, J y ROMERO DE LA VEGA, A.: “Manual de operaciones de reestructuración...”, pg.127.

²⁹¹ Art.83.5: “Tendrá la consideración de canje de valores representativos del capital social la operación por la cual una entidad adquiere una participación en el capital social de otra que le permite obtener la mayoría de los derechos de voto en ella o, si ya dispone de dicha mayoría, adquirir una mayor participación, mediante la atribución a los socios, a cambio de sus valores, de otros representativos del capital social de la primera entidad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 % del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad.”

las participaciones o acciones, lo transmitido ya no es una rama de actividad sino acciones o participaciones por lo que se aleja de la figura mercantil.

Como cierre a este apartado tenemos que destacar, una vez más, como hemos observado a lo largo de todo el trabajo, la descoordinación entre las diferentes ramas del derecho en el tratamiento de las modificaciones estructurales. A pesar de ofrecerse el régimen especial como un régimen de eliminación de los obstáculos a la libre competencia, la falta de consenso entre el Derecho mercantil, fiscal y contable no elimina barreras sino que crea murallas para las empresas difíciles de conquistar. Se debería haber aprovechado la promulgación de la LME, para introducir una nueva forma de escisión fiscal, la segregación, así se hubiera evitado el “encaje de bolillos” que supone fundamentar su posicionamiento como aportación no dineraria fiscal.

3. Aspectos fundamentales de la tributación en el régimen especial.

Los aspectos más característicos del régimen especial los dividiremos en tres bloques, al ser tres los entes que principalmente se pueden acoger al régimen del diferimiento.

A) La neutralidad en la entidad transmitente.

La entidad que transmite los elementos patrimoniales que forman la rama de actividad en las operaciones de escisión o aportación no dineraria, es la entidad transmitente, es decir, la sociedad escindida o segregada; y que debido a las mismas se pueden generar una renta gravable²⁹².

El diferimiento de las rentas que aparecen a raíz de la transmisión en la entidad transmitente se encuentra regulado en el art.84 TRLIS que establece en qué supuestos estas rentas no serían gravadas con el impuesto. Las fronteras de este artículo son claras ya que la neutralidad se aplicará siempre y cuando entre dentro del campo de actuación de la fiscalidad española, bien porque la adquirente sea española o exista un establecimiento permanente en España²⁹³. Por consiguiente, nunca se aplicaría el

²⁹² BENÍTEZ CASTELAR, C.: “El régimen fiscal de las adquisiciones”, en AA.VV. *“Fusiones y adquisiciones de empresas”*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, pg.921.

²⁹³ GÓMEZ BARREDA, R., ABAD VALDENEBRO, E.: “ Principales aspectos fiscales de las modificaciones estructurales”, en AA.VV, *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*

diferimiento a una sociedad de un país miembro de la Unión cuyo establecimiento permanente esté en Bruselas aunque la adquirente sea española porque se encuentra fuera de la competencia de la fiscalidad española; a sensu contrario, una sociedad española cuyo establecimiento permanente se encuentre en Bruselas y la sociedad adquirente sea española sí que le sería aplicable el art.84.

Aparte de la cuestión de la nacionalidad como limitador de la aplicación del régimen, tampoco se aplicaría el diferimiento cuando la adquirente no le sea aplicable el IS o se le aplique el régimen de atribución de rentas. Además, en los casos en que las sociedades tengan distinta forma jurídica y la entidad adquirente goce de un tipo de gravamen o régimen especial diferente al de la transmitente, se aplicará un régimen específico para las futuras enajenaciones de los elementos adquiridos que se denomina principio de linealidad²⁹⁴. Este principio consiste en que la entidad adquirente al vender un elemento que obtuvo a través de una operación de reestructuración, en un ejercicio de memoria, tendrá que aplicar el régimen tributario de la entidad transmitente hasta el momento de la reestructuración y a partir de ese momento su régimen hasta el momento de la transmisión a un tercero²⁹⁵.

El régimen del diferimiento no es absoluto y puede ocurrir que la empresa transmitente renuncie al mismo, así establecido en el apartado segundo del citado artículo; si bien cabe subrayar que no se está renunciando al régimen fiscal especial sino únicamente al régimen de diferimiento de las sociedades transmitentes y, consecuentemente, también afectará al valor de lo recibido por la entidad beneficiaria. Pero como aclara la DGT no se extendería a los demás beneficios que suponen el régimen especial, como puede ser la no sujeción al IVA y la exención en el ITP y AJD²⁹⁶. Existe una única excepción a la posibilidad de ejercitar la renuncia, se encuentra en el apartado 4 del art.89 y surge en aquellas operaciones en las que la entidad transmitente posea una participación en la entidad adquirente y se incluya dentro del patrimonio adquirido no podrá renunciarse al diferimiento.

Vol. 2, 2009, Cizur Menor, Aranzadi, pg.795. Aunque el TRLIS en el art.92 también establece otra norma especial para los casos en los que la entidad española transmite un establecimiento permanente situado en otro país de la UE.

²⁹⁴ BANACLOCHE PÉREZ.: “Tributación...”, pg.310.

²⁹⁵ GÓMEZ BARREDA,R., ABAD VALDENEBRO, E.: “ Principales aspectos fiscales...”, pg.796

²⁹⁶ Consulta 27 de Abril de 2000 (0992-00) recogida en SALTO GUGLIERI, J y ROMERO DE LA VEGA, A.: “Manual de operaciones de reestructuración...”, pg. 157.

Posteriormente, el art.86 nos muestra la forma de valorar fiscalmente las acciones o participaciones recibidas como contraprestación la entidad adquirente. Pues bien, este artículo es otro reflejo de la “convivencia” entre las diversas ramas jurídicas que tratan las operaciones de reestructuración, al utilizar el valor contable de la unidad económica autónoma corregido en el importe de las rentas que se hayan integrado en la base imponible de la sociedad transmitente²⁹⁷, tendremos que acudir a la NRV 19 o 21 del Plan General Contable, dependiendo, como ya vimos en el capítulo tercero, de si la operación se realiza entre distintas empresas o intragrupo respectivamente.

B) El principio de neutralidad para la entidad adquirente.

Supone la contrapartida al régimen del diferimiento, viene recogido en el art.85 TRLIS, el cual establece la regla general de la valoración de los bienes adquiridos por el mismo valor fiscal que tenían en la entidad transmitente y “congelándose” la fecha de adquisición²⁹⁸. Si bien, establece la salvedad para los casos en los que las rentas hayan tributado por la operación habrá que corregir su importe, como ocurre cuando la entidad transmitente renuncia total o parcialmente al régimen especial del TRLIS. La forma de corrección aunque es consensuada por las partes viene limitado por el valor de mercado de los bienes en el apartado segundo del art. Como señala la doctrina²⁹⁹, con esta limitación se evita inflar el valor de los bienes para que posteriormente las cantidades deducibles por amortización sean mayores.

Al igual que en el régimen mercantil, el TRLIS también se ocupa de las consecuencias que implica la sucesión universal para el IS, es el art.90 el que se ocupa de la subrogación de derechos obligaciones. Nos volvemos a encontrar con el difícil encaje de la sucesión universal en las operaciones de reestructuración empresarial dado que sólo se transmitirán a la entidad adquirente los derechos y las obligaciones tributarias de la entidad transmitente si la operación elegida del art.83 supone sucesión universal. En los casos en que no se produzca este tipo de sucesión, sólo se transmitirán los derechos y obligaciones tributarios relacionados con los bienes y derechos

²⁹⁷ Valor fiscal de los valores recibidos= valor contable de la rama de actividad + rentas integradas, donde las rentas integradas son igual a la diferencia entre el valor de mercado de los elementos aportados y su valor contable. Para un análisis extenso del precepto ver: SALTO GUGLIERI, J y ROMERO DE LA VEGA, A.: “Manual de operaciones de reestructuración...”, pgs. 201 y ss.

²⁹⁸ La congelación del a fecha de adquisición a la fecha en que la entidad transmitente los adquirió se prevé para los casos en que se tenga que ajustar la depreciación monetaria, recogida en el art.15.9 TRLIS, cuando un inmueble sea parte de la rama de actividad transmitida.

²⁹⁹ BENÍTEZ CASTELAR, C.: “El régimen fiscal...”, pg.929.

transmitidos. Ante la diferenciación realizada por el legislador fiscal, observamos cómo distingue entre aquellas escisiones o fusiones totales en las que se extingue la sociedad y las parciales como son la escisión o aportación de activos donde considera que no se produce la sucesión universal, al especificar como únicamente se transmiten los derechos y obligaciones fiscales de aquellos bienes y derechos transmitidos. La doctrina de la DGT y del TEAC fortalece este argumento al prohibir la transmisión de las bases imponibles negativas en los casos de escisión parcial y aportación de rama dado que aquéllas sólo se transmiten en los supuestos de sucesión universal³⁰⁰. Sin embargo, contrariamente, se ha observado cómo la redacción del propio artículo nos permitiría transmitir las bases imponibles negativas ya que el apartado 3 solo se refiere a “entidad adquirente” como la responsable de la compensación de estas bases sin diferenciar si se produce sucesión universal o no³⁰¹.

A la espera de una posición diferente de la Administración, nos encontramos con un régimen mercantil más moderno a simple vista que el fiscal al reconocer la sucesión universal en la escisión parcial y en la segregación pero como hemos discutido tampoco se produce una verdadera sucesión universal; por lo tanto, tampoco es tal la discordancia en el tema de la sucesión universal entre ambas legislaciones; es más, hasta que no se reconozca una verdadera sucesión universal, rebajando el régimen de responsabilidad de la sociedad escindida, en la escisión parcial y la segregación, tampoco urge la modificación fiscal en este aspecto.

C) Los socios ante el régimen especial del TRLIS

Como hemos estudiado, en una operación de escisión parcial la contraprestación, en forma de acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias, es recibida por los socios de la sociedad que transmite. Sin embargo, en la segregación, la misma contraprestación es recibida por la sociedad transmitente sin su reparto a los socios. Por lo tanto, el socio, ya sea persona física o jurídica, no tendrá el mismo papel a efectos fiscales; es decir, mientras que en una escisión parcial los socios de la transmitente verán gravadas o no las acciones recibidas,

³⁰⁰ Las más recientes: DGT 25 de junio 2003 y TEAC 18 de diciembre de 2008.

³⁰¹ Con la entrada de la LME el panorama tampoco mejora, considera que la Administración, a pesar del reconocimiento de la sucesión universal en la escisión parcial y la segregación por esta noma, no va a cambiar su criterio dado que aduce el carácter personalísimo de la compensación de las bases imponibles, en GÓMEZ BARREDA, R., ABAD VALDENEBO, E.: “Principales aspectos fiscales...”, pg.796.

si se acogen al régimen general o especial, en un proceso de segregación, no tendrá ningún tipo de consecuencia fiscal para ellos. Por esta razón, en este apartado sólo nos centraremos en las consecuencias fiscales para los socios en una escisión parcial.

El art.88 TRLIS recoge el tratamiento del régimen especial de tributación en los socios. Destaca, en primer lugar, la importancia de la nacionalidad para la aplicación del régimen especial del TRLIS. Si el socio es residente en España o en la UE o la sociedad que realiza la contraprestación es residente en España, entonces las posibles rentas que se generarían por la atribución de los valores de la entidad transmitente no se integrarán en la base imponible, ya sea del IS, IRPF o IRNR.

Si los socios o alguna de las entidades tuvieran su domicilio en un paraíso fiscal se producirá la exclusión automática del régimen especial para los socios, si bien, en el caso de que únicamente sean los socios los residentes en un paraíso no afectará a las sociedades que podrán seguirse acogiendo al régimen especial dada la independencia en la aplicación del régimen por unos sujetos u otros. Por lo tanto, las sociedades tienen una posición privilegiada en comparación con los socios que siempre se vería influidos por la residencia de las sociedades en cuestión.

Finalmente, en el caso de que el socio pierda la condición de residente habría que incluir la plusvalía o sustraer la pérdida en el momento del cambio de domicilio para así proteger su tributación en España³⁰² ante “la huida” del socio a otro país. Esta disposición no ha estado falta de críticas por parte del TJUE que ha manifestado en varias sentencias la discriminación que sufren los socios de la entidad transmitente cuando deciden cambiarse de domicilio con respecto a aquellos que no se trasladan de país hasta que se transmitan las acciones, participaciones o cuotas³⁰³.

³⁰² SALTO GUGLIERI, J y ROMERO DE LA VEGA, A.: “Manual de operaciones de reestructuración...”, pg.296.

³⁰³ Sentencia 7 de septiembre de 2006 (asunto C-470/04, N), siguiendo la doctrina vertida en el caso *Hugues de Lasteyrie du Saillant* (sentencia 11 de marzo de 2004, asunto C.9/02), donde defiende que el art 43 CE se opone a que un Estado miembro establece un régimen especial de tributación de las plusvalías, consistente en la concesión del aplazamiento de pago del impuesto siempre que se presten garantías, en los casos de traslado del domicilio fuera de un Estado miembro. Una reflexión amplia sobre la doctrina del TJUE se encuentra en RUIZ BAÑA; Mª. L.: “Las operaciones de reestructuración”, pgs 263 y ss.

En referencia a su valoración, la característica latente es la congelación³⁰⁴ o también denominada conservación³⁰⁵, a efectos de la valoración de los valores recibidos. En otras palabras, se tendrán como referencia los valores entregados a la transmitida sin olvidarse de añadir o sustraer la compensación en dinero entregada o recibida, además de conservarse la fecha de adquisición de los valores entregados.

Para concluir, como hemos observado ante el tratamiento de los socios ante los paraísos fiscales, se le añade la imposibilidad de los socios de renunciar al régimen especial en contraposición con la facultad de renuncia de la sociedad transmitente y, en cierta medida, de la sociedad adquirente contemplada en el art.84; por lo tanto, son las sociedades las que llevan “la batuta” en el tratamiento fiscal de la operación y los socios se “moverán al ritmo” que marque la sociedad, bien sea el régimen general el elegido, gravando las bases imponibles o bien el diferimiento característico del régimen especial.

4. La cláusula de cierre del régimen: art.96.2 TRLIS.

El cumplimiento de los diversos aspectos formales para la aplicación del régimen especial, como son la inclusión del régimen tributario especial en los proyectos de escisión, así como la comunicación a la Administración tributaria del acogimiento al régimen especial³⁰⁶, no implica que la escisión parcial o segregación, como aportación no dineraria, puedan acogerse al régimen especial. En los casos que se observe un ánimo defraudatorio en estas operaciones será de aplicación el régimen general.

El principio de no intervención administrativa preside el régimen, por lo que será en un momento posterior a la realización de la operación cuando se examine si el objetivo de la operación es conseguir una ventaja fiscal. Concretamente, la Inspección tributaria en el proceso de revisión de las liquidaciones de los contribuyentes³⁰⁷, en nuestro caso, la sociedad escindida o segregada, la sociedad beneficiaria y los socios.

El apartado 2º del art.96 traza los supuestos en los que no será aplicable el régimen especial. Concretamente en su párrafo primero, se establece, en primer lugar, las líneas generales al inaplicar el régimen en operaciones cuyo principal objetivo sea el

³⁰⁴ IBID, 299.

³⁰⁵ BANACLOCHE PÉREZ.: “Tributación...”, pg.318

³⁰⁶ El apartado 1 del art.96 muestra detalladamente para cada tipo de operación de régimen especial las comunicaciones a seguir.

³⁰⁷ GÓMEZ BARREDA,R., ABAD VALDENEbro, E.: “ Principales aspectos fiscales...”,pg.804

fraude o la evasión fiscal. Si bien, seguidamente especifica la no aplicación del régimen cuando no existan motivos económicos válidos y únicamente se pretende una ventaja fiscal. Se trata de un precepto cuya redacción no ha sido muy afortunada, corriendo ríos de tinta sobre la interpretación del mismo. A modo de síntesis, habría dos posiciones doctrinales predominantes. Aquellos que consideran únicamente el fraude o evasión fiscal como la razón por la que se inaplicaría el régimen especial³⁰⁸, considerando la existencia de motivos económicos válidos como una presunción de la existencia de fraude, pero admitiendo prueba en contrario. Mientras que hay otra corriente que defiende la autonomía de la existencia de motivos económicos válidos como causa de inaplicación del régimen especial, aduciendo una interpretación literal del precepto, por lo tanto en los casos en los que no haya ventaja fiscal pero la operación no atienda a motivos económicos válidos habría que aplicar el régimen general³⁰⁹. Es difícil decantarse por una posición o por otra, si bien, DGT y Tribunales defienden la inexistencia de una motivación económica como forma de acreditación de aplicación del régimen general³¹⁰.

En relación con la inaplicación del régimen especial, se ha planteado una posible aplicación parcial del régimen especial en los aspectos de la operación que no vengan afectados por el ánimo evasivo o defraudatorio. El punto de partida es la Directiva 90/434/CEE cuyo art.11.1.a³¹¹ brinda a los Estados miembros la posibilidad de inaplicación parcial del régimen especial en los casos de fraude o evasión fiscal. Posteriormente el TJUE, en el caso *Leur-Bloen*³¹², indica al respecto la competencia de los Estados miembros determinar los procedimientos internos necesarios para

³⁰⁸ Por ejemplo, el TEAC consideró “no es aplicable el régimen de fusiones a una escisión cuyo objeto es encubrir una enajenación de inmuebles bajo la apariencia de enajenación de acciones, tributando al 18% en vez de al tipo marginal del IRPF” (TEAC 11 octubre 2006 (JUR 2007, 7188)).

³⁰⁹ ALIAGA AGULLÓ, E.: “La escisión parcial...”, pgs.117 y ss, realiza un análisis más extenso, con bibliografía detallada de las diferentes posturas doctrinales. Decantándose por la segunda opción, defendiendo la autonomía de la motivación económica como causa de inaplicación del régimen.

³¹⁰ TSJ Andalucía 5-2-2008 (JT 2008,1176): “Hasta la Ley 43/1995 la Administración tenía que demostrar que existía ánimo de evasión y ahora basta con acreditar que las operaciones no responden a motivos económicos válidos”. Recogida por BANACLOCHE PÉREZ.: “Tributación...”, pg.318.

³¹¹ Un Estado miembro podrá negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de los títulos II, III y IV o a retirar el beneficio de las mismas cuando la operación de fusión, de escisión, de aportación de activos o de canje de acciones:

a) tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal; el hecho de que una de las operaciones contempladas en el artículo 1 no se efectúe por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal;

³¹² 17 de julio de 1997 (asunto C-28/95).

comprobar que las operaciones económicas no se hayan efectuado por motivos válidos sin quebrantar el principio de proporcionalidad. Por consiguiente, a pesar del silencio del TRLIS, la DGT³¹³ ha defendido la viabilidad de la inaplicación parcial al conjugar el apartado 2 del art.96 y el apartado 1.a) del art.11³¹⁴. Sin embargo, dado que de la lectura del precepto no se puede atisbar una intención del legislador de una aplicación relativa del régimen, el TEAC no ha considerado posible una postura intermedia, defendiendo la necesaria conjunción de todos los requisitos para la aplicación del régimen especial³¹⁵.

Se debería considerar más acertada la posición del TEAC, pues si se aceptase su aplicación parcial entraríamos en un pozo sin fondo que provocaría el acogimiento parcial de figuras asimiladas a las modificaciones estructurales, generando más incertidumbre sobre la realidad de la aplicación del régimen especial.

Adentrándonos en la finalidad del precepto, nos situaremos ahora, en los posibles escenarios en los que puede verse su aplicación. Empezaremos por aquellos casos en que las sociedades se encuentren en la tesitura de decidir la aplicación del régimen especial, cumplen las definiciones del art.83, la residencia se ajusta a los preceptos del régimen, pero aun así surgen dudas de aplicación. En estos supuestos, el párrafo segundo brinda la posibilidad a las sociedades de formular una consulta a la Administración tributaria de carácter vinculante.

La segunda situación es en aquellos supuestos en los que la Inspección Tributaria considera incumplido el precepto, por lo que los sujetos se verían avocados a tributar por el régimen general o se sumergen en un largo proceso de recursos ante el TEAC y posteriormente, el contencioso-administrativo hasta conseguir defender que su operación responde a una motivación económica válida. En estos casos, las alarmas han saltado para la doctrina ante la masiva aplicación del art.96.2 por parte de la Administración, criticándose “el ansia recaudatoria”³¹⁶ de la Inspección Tributaria por aplicar un procedimiento un tanto inquisidor donde las empresas deben probar la existencia de motivación económica y la Inspección juzgar la veracidad de la misma.

³¹³ La DGT en Octubre de 2005 emite un Informe cuyo objeto era el análisis del régimen especial de las operaciones de reestructuración, defendía la aplicación parcial del régimen especial en los supuestos de ventaja fiscal.

³¹⁴ SALTO GUGLIERI, J y ROMERO DE LA VEGA, A.: “Manual de operaciones de reestructuración...”, pg.716.

³¹⁵ Así manifestado por el TEAC, su pronunciamiento más reciente, 26 Junio 2008 (JUR 2008,319785)

³¹⁶ RAMÍREZ PASCUAL, B.: “The Matrix Tributario: seguridad jurídica en los procesos de reestructuración empresarial”, *CONT4BL3*, nº35, III Trimestre, 2010, pg.17.

También los Tribunales, concretamente la Audiencia Nacional, en dos sentencias muy recientes³¹⁷, ha criticado “la preocupante tendencia, en la Administración tributaria, al abuso de las cláusulas antifraude” así como la dificultad con la que se encuentran las empresas para que la Inspección admita los motivos económicos válidos aducidos así como la amplia interpretación de fraude, para finalmente defender la admisión del dictamen pericial como prueba suficientemente válida para determinar la existencia de motivación económica válida.

³¹⁷ Sentencia de fecha 16 de febrero de 2011, dictada en el recurso núm. 320/2007 y Sentencia de 9 marzo 2011 relativas a un proceso de escisión parcial en las que los socios que reciben la contraprestación en acciones y las venden posteriormente.

CONCLUSIONES

La realización de este trabajo ha permitido establecer las siguientes conclusiones:

Primera. La promulgación de la LME ha logrado unificar, por primera vez en un único texto legal, las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, resultando la transmisión patrimonial mediante sucesión universal su rasgo más característico. Además en la citada LME, se introdujeron nuevas operaciones de reestructuración, tales como es la segregación, que es catalogada como una clase de escisión. Por el contrario, la constitución de sociedad íntegramente participada, a pesar de servirse del régimen de la escisión, no llega a erigirse como clase de escisión. Tal vez debería haber sido considerada como una clase independiente de modificación estructural o, dada su similitud con la segregación, haberse establecido como una especie de la segregación.

Segunda. El marcado carácter continuista de la LME, respecto de la regulación de la fusión y escisión en el régimen anterior del TRLSA, ha dejado ciertas cuestiones sin resolver. Entre estas cuestiones merecen citarse a modo de ejemplo, el concepto de unidad económica, o que en la escisión parcial y en la segregación, a pesar de reconocerse la sucesión universal para el traspaso de la unidad económica, se siga manteniendo a la sociedad escindida como sujeto responsable ante el incumplimiento de la sociedad beneficiaria por una obligación traspasada a ésta. Al mismo tiempo, resulta difícil entender por qué se siguió optando por el uso de la técnica de remisión a las normas de la fusión en el régimen legal de la escisión ya que son dos operaciones distintas, siendo necesario haber recogido, para la escisión, un tratamiento distinto al de la fusión en materia de tutela de acreedores.

Tercera. La sustantivación de la segregación no ha sido pacífica, tal como lo prueba el hecho de que se ha planteado si su aparición implica la aplicación del régimen de la escisión a las aportaciones no dinerarias, o más concretamente, si es inviable la aportación de empresa recogida en el art.66.LSC.

Dado que el legislador no ha incluido en la LME ninguna disposición derogatoria respecto de los artículos sobre aportaciones no dinerarias, cabría entender

que las sociedades seguirán teniendo el derecho de opción entre la utilización de la segregación para beneficiarse de un traspaso de las unidades económicas mediante sucesión universal o acudir al Título III de la LSC sobre aportaciones sociales. Aunque, a nuestro juicio, tendría que revisarse el régimen competencial en las aportaciones no dinerarias para evitar que se lleven a cabo aportaciones que sobrepasen las facultades de los administradores sin haber obtenido el consentimiento de la Junta.

Cuarta. El tratamiento de la escisión por la normativa contable ha experimentado una modificación positiva de la NRV 19º. Ofrece una regulación más detallada que la antigua norma, facilitando a la sociedad la tarea de contabilizar una operación de modificación estructural, sin embargo, la nota negativa es que, en ocasiones, no todas las escisiones van a encuadrarse en la NRV 19ª. La normativa contable, a diferencia de la LME, distingue entre aquellas escisiones donde se adquiera el control de la sociedad beneficiaria, aplicándose la NRV 19ª, y otras en las que no se adquiere el control que se considerarán operaciones intragrupo por lo que se seguirá la NRV 21ª.

Quinta. La escisión goza de un tratamiento especial en la aplicación del IS, caracterizado por el diferimiento de las rentas o plusvalías que pueden surgir en una operación de reestructuración empresarial. Al igual que sucede con la normativa contable, no todas las modificaciones estructurales podrán acogerse al régimen especial del TRLIS. Creemos que eso es debido a que la rama de actividad fiscal no tiene porqué ser sinónimo de unidad económica mercantil. Además, la segregación no viene expresamente recogida en el art.83 TRLIS, aunque se ha querido salvar la situación, al aplicar el régimen de las aportaciones de rama a las segregaciones que encajen en la definición.

Como ha adelantado la Exposición de Motivos de la LME, hay que entender que estamos ante una “solución transitoria” en aras de la unificación del Derecho de sociedades mercantiles. Por tal motivo, hay que esperar que el legislador se haga eco de las cuestiones aún sin resolver y de la necesaria armonización entre las diferentes ramas del ordenamiento que abordan estas modificaciones estructurales. Con tal propósito, se persigue no sólo evitar la descoordinación que se está produciendo entre las mismas sino también salvar los obstáculos a la viabilidad de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

BIBLIOGRAFÍA

ARON, D.J.: “Using the capital market as a monitor. Corporate spin-offs in an agency framework”, en *RAND Journal of Economics*, vol.22, nº4, 1991.

ALIAGA AGULLÓ, E.: “La escisión parcial en el Impuesto sobre Sociedades tras la Ley 25/2006, de 17 de julio”, en *Noticias de la Unión Europea*, nº276, enero 2008.

ALONSO ESPINOSA, F.J y LÁZARO SÁNCHEZ, E.J.: “Especialidades del procedimiento de escisión”, en AA.VV. *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Aranzadi, Cizur Menor.

ALONSO LEDESMA, C.: “Algunas consideraciones en torno a la sucesión universal como rasgo caracterizador de la segregación frente a la aportación de rama de actividad”, en *Derecho de sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, Vol. 4, McGraw-Hill Interamericana de España, 2002.

- “ *Diccionario de Derecho de sociedades*”, Iustel, 2006.
- “Segregación y constitución de sociedad íntegramente participada mediante transmisión del patrimonio” en *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, (coord.: Rodríguez Artigas), Tomo II, 1ª edición, X, Cizur Menor, Aranzadi (Thomson Reuters), 2009.

ALONSO UREBA, A., RONCERO SÁNCHEZ, A.: “La viabilidad de la aportación de una unidad económica tras la introducción de la segregación por la ley de modificaciones estructurales”, *RdS*, nº34. 2010-2011.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “La aportación de rama de actividad tras la regulación de la segregación en la Ley 3/2009 de Modificaciones estructurales”, *Diario La Ley*, nº75253, Sección Doctrina, 1 Octubre 2009.

- “La reforma de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles: Adaptación a la Directiva 2009/109/CE y otras modificaciones necesarias”, RMV, nº8, 2011.

ANSÓN PEIRONCELY, R., GARRIDO DE PALMA, V.M.: “Introducción general. La modificación estructural”, en *La reestructuración empresarial y las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010.

ASTORGA MORANO, R.: “El nuevo régimen legal de la escisión de sociedades: principales novedades: ámbito subjetivo, la segregación y la constitución de sociedad íntegramente participada mediante la transmisión del patrimonio”, *Cuadernos de derecho y comercio*, N° 53, 2010.

ÁVILA NAVARRO, P.: “*Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: Ley 3/2009*”, Bosch, 2009.

BANACLOCHE PÉREZ, J: “Tributación de las Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles”, en “*La reestructuración empresarial y las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

BARROSO, C y ASLA, E.: “Real Decreto 1159/2010 sobre normas de consolidación y modificación del Plan General de Contabilidad: una visión práctica”, disponible en: www.kpmg.es.

BAXE, D.S.A.: “*A tutela dos direitos dos sócios em sede de fusao, cisao e transformacao das sociedades*”, Coimbra, Almedina, 2010.

BAZÁN, L.: “La nueva normativa contable de combinaciones de negocios entre empresas independientes y entre empresas de grupo”, *Técnica contable*, Vol. 63, N° 737, 2011

BENÍTEZ CASTELAR, C.: “El régimen fiscal de las adquisiciones”, en AA.VV. *Fusiones y adquisiciones de empresas*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, pg.921

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord): “*Comentarios al Código Civil*”, Thomson Reuters-Aranzadi, 2009.

BLANCO RINCÓN, FJ Y CREMADES SHULZ, M.: “La retroacción contable tras el nuevo plan general de contabilidad y la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, *RMV*, nº5, 2009

BUFFELI, G., SIRTOLI, M.: “*Le operazioni straordinarie delle società*”, Giufre, 2006,

BUONO, D., et al.: “*Fusioni e scissioni*”, IPSOA-Wolters Kluwers, 2008.

CARBAJO CASCÓN, F.: “SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 2006: Sociedades: segregación o escisión parcial impropia del patrimonio afecto a una rama de actividad (relativa al petróleo y la petroquímica) de una sociedad anónima para su aportación a otra sociedad anónima de nueva constitución”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 75, 2007

CERDÁ ALBERO, F.: “Segregación de la Sociedad Anónima y de la Sociedad de Responsabilidad Limitada”, *RDM*, nº214, 1994.

CONDE TEJÓN, A.: “La nueva regulación española sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. BOE Núm. 82, 4 de abril de 2009”, *RdS*, nº33, 2009.

-“Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles como subtipo de operaciones de reestructuración empresarial caracterizadas por la sucesión universal (Solución al régimen aplicable a la aportación de rama de actividad y a la cesión parcial de activo y pasivo), *RdS*, nº35, 2010-2011.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, L.J y PÉREZ TROYA, A.: “Fusión de sociedades (artículos 233 a 251 de la Ley de Sociedades Anónimas)” en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo IX, Volumen 2, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2008.

DE PAMPHILIS, D.: “*Mergers, Acquisitions, and Other Restructuring Activities: an integrated approach to process, tools and solutions*”, 5ª edición, 2010, Elsevier.

DIEZ-PICAZO, L.: “*Fundamentos del Derecho civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias*”, Civitas, 2008.

DOMINGUEZ GARCÍA. M.A.: “El régimen jurídico de la escisión de sociedades anónimas por aportación como cuestión abierta”, *RdS*, nº4,1995

DUQUE DOMINGUEZ, J.: “La escisión de sociedades”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, 1978.

EMBED IRUJO, JM.: “Aproximación al significado de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles”, *Noticias de la Unión Europea*, nº309, Octubre 2010.

Explanatory Memorandum, 2008, nº690, disponible en: http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2008/690/pdfs/ukxiem_20080690_en.pdf

FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “*El Derecho contable de fusiones y de las otras modificaciones estructurales-Problemática contable en la Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*”, Marcial Pons, 2010.

- “A vueltas con la "fecha de efectos contables" de la fusión/escisión o cesión global tras la última reforma del PGC por RD 1159/2010”, *RdS*, nº 36, 2011-2012.

FERNÁNDEZ ELORZA, I.: “La fecha de efectos contables de fusiones y escisiones en la nueva normativa contable”, *RMV*, nº4, 2009.

FERRANDO VILLALBA, L.: “La escisión de sociedades en la LMESM de 2009: las pretendidas novedades de una reforma incompleta”, *Noticias de la Unión Europea*, Nº 309, 2010.

FRANK, K.E y WILLIAM HARDEN, J.: “Corporate restructurings: a comparison between equity carve-outs and spin-offs”, en *Journal of Business, Finance and Accounting*, 28 (3), (4), Abril-Mayo, 2001.

FRANL, K.J.: “Making sense of spin-off, tracking stock and equity carved out”, en *Strategic Finance*, 86, 6, 2001.

FRED WESTON, J., MITCHEL, M., HAROLD MULHERIN, J.: “*Takeovers, Restructuring, and Corporate Governance*”, 4ª edición, 2004, Pearson-Prentice Hall.

GARCÍA ROSS, J.J.: “Las reestructuraciones empresariales: aspectos fiscales de la segregación”, *Quincena fiscal*, nº12, junio, 2010.

GARCÍA-OLMEDO GARRIDO, B, RODRÍGUEZ ARIZA, L.: “Modificaciones del RD 1159/2010: método de adquisición”, *Consolidación*, nº229.

GARRIDO DE PALMA, V.M.: “Escisión”, en *La reestructuración empresarial y las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010.

- “La escisión de las sociedades a un año de la ley”, *Diario La Ley*, nº7456, Sección Tribuna, 29 Julio, 2010.

GEERSING, B.: “What creates more value: Equity carve-outs versus Spin-offs? Junio, 2007, disponible en: www.ssrn.com

GREENBLATT, J.: “You can be a stock market genius - Uncover the Secret Hiding Places of Stock Market Profits”, Fireside, 1999.

GIRÓN TENA, J.: “Derecho de Sociedades. Tomo I. Parte general, sociedades colectivas y comanditarias”, 1976.

GÓMEZ BARREDA, R., ABAD VALDENEBRO, E.: “Principales aspectos fiscales de las modificaciones estructurales”, en AA.VV, *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Vol. 2, 2009, Cizur Menor, Aranzadi.

GONZÁLEZ-MENESES, M.: “La Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, y el retroceso del derecho civil” en “*El notario del siglo XXI*”, marzo-abril 2010, nº30.

GUASCH MARTORELL, R.: “La escisión de sociedades en el derecho español: la tutela de los intereses de socios y acreedores”, Civitas, Madrid, 1993.

HUDSON, M.R, MACKINNON, G.: “Corporate spin-offs and information asymmetry between investors”, en *Journal of Corporate Finance*, 9, 2003

KORN, M., BRAT, L.: *Sara Lee to Split into Two Public Companies*, the Wall Street Journal, and 29.01. 2011.

KRISHASWAMI S., SUBRAMANIAM V.: “Information asymmetry, valuation, and the corporate spin-off decision” en *Journal of Financial Economics*, vol.53, nº1, Julio 1999.

LÓPEZ ITURRIAGA, F., MARTÍN CRUZ, N.: “Los procesos de Spin-off en las empresas españolas”, *CEF Contabilidad y Tributación –legislación, consultas y jurisprudencia-*, nº286, vol.2, Enero 2007.

LÖBBE, M.: “Corporate Groups: Competences of the Shareholders’ meeting and minority protection- The German Federal Court of Justice’s recent *Gelatine* and *Macrotron* Cases redefine the *Holz Müller* doctrine”, *The German Law Journal*, vol.5, nº9, 2004.

MARINA GARCÍA TUÑÓN, A: “Escisión parcial: concepto y requisitos”, en AA.VV. *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Aranzadi, Cizur Menor.

MALHERBE, J., et al.: “*Droit des sociétés, précis: Droit communautaire, droit belge*”, Bruylant, 2009.

MARTÍNEZ ROSADO, J.: “Fusiones y otros medios de reestructuración como medio de evitar el concurso de una entidad de crédito”, *E-prints Complutense*, 2010/31, Diciembre 2010.

MENCÍA, J: “*Fusiones especiales*”, en AA.VV. *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Vol. 1, 2009, Cizur Menor, Aranzadi.

MÉNDEZ ÁLVAREZ-CEDRÓN, J.Mª (Coord.): “*Cajas de Ahorros: Nueva Normativa*”, Fundación de las Cajas de Ahorros, 2011.

MEMENTO EXPERTO.: “*Contable 2011: actualizado a octubre de 2010*”, Francis Lefebvre, Madrid

- “*Reforma mercantil 2009: (Ley 3/2009): transformación, fusión, escisión, cesión global de activo y pasivo, traslado internacional del domicilio: otras modificaciones societarias (LSA y LSRL)*”, Francis Lefebvre.

OLEO BANET, F.: “*La escisión de la sociedad anónima*”, Cívitas, 1995.

PÉREZ DE AYALA, J.L.: “El principio de “neutralidad impositiva” y su significado para el Derecho Constitucional español”, *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, Nº. 39, 2009.

PETTIT, J.: “Carve outs and spin-offs”, *Invest Banking-UBS*, abril, 2004

PRADA LARREA, J.L: “Consecuencias fiscales del Impuesto sobre Sociedades de la nueva Ley de Modificaciones Estructurales”, *Revista Técnica Tributaria*, nº86, julio-septiembre 2009.

PULGAR EZQUERRA, J.: “Modificaciones estructurales de sociedades en liquidación y en situación concursal”, en AA.VV, *Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, vol.2, Cizur Menor, Aranzadi.

SALTO GUGLIERI, J y ROMERO DE LA VEGA, A.: “*Manual de operaciones de reestructuración empresarial- Fusiones, escisiones, Aportación de activos y Canjes de Valores*”, CISS, 2010, pg.45.

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.: “La Ley de Modificaciones Estructurales y el concepto de Modificación Estructural”, en AA.VV. *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Vol. 2, 2009, Cizur Menor, Aranzadi.

SANTOS, V.: “La escisión de sociedades en el Derecho Comunitario europeo”, en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea: Estudios en homenaje a Girón Tena*”, 1991, Civitas, pgs1004-1006.

SEBASTIÁN, R (Coord.): “*2011 Anuario Mercantil para Abogados. Los casos más relevantes en 2010 de los grandes despachos*”, 2011, La Ley.

VAN REIGERSBERG VERLUYS, J.G.: “*Derecho comercial neerlandés: las personas jurídicas*”, 1999.

RAMÍREZ PASCUAL, B.: “The Matrix Tributario: seguridad jurídica en los procesos de reestructuración empresarial”, *CONT4BL3*, nº35, III Trimestre, 2010.

RODRIGUEZ ARTIGAS, F.: “Escisión”, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dir.URÍA R. et al, Tomo IX, Volumen 3º, 1ª edición, Madrid.

- “Comentario al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: III. Escisión”, *RdS*, Nº 31, 2008.

- “Escisión. Concepto. Función económica y clases. Requisitos”, en AA.VV, *Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, vol.2, Cizur Menor, Aranzadi.
- “Escisión parcial, Segregación y Aportación de rama de actividad”, *El notario del Siglo XXI*, nº32, 2010.

ROMANO APARICIO, J.: “Combinaciones de negocios, NRV 19.ª Del PGC (I)”, en *Contabilidad y Tributación- Comentarios y Casos Prácticos*, Diciembre 2010.

RUBIO VICENTE, P.: “¿Cabe la extensión del régimen jurídico de la escisión a los supuestos de segregación patrimonial de la sociedad por aportación?”, *RdS*, nº5, 1995.

RUIZ BAÑA, Mª. L.: “Las operaciones de reestructuración en la imposición sobre la renta”, en AA.VV., *Transmisiones de empresas y modificaciones estructurales de sociedades*, 2010, BOSCH.

SAÉNZ DE OLAZAGOITIA DIAZ DE CERIO, J.: “El concepto de rama de actividad: ejemplo de los excesos interpretativos de la Dirección General de Tributos”, *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, nº11, 2004, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2004.

SALTO GUGLIERI, J y ROMERO DE LA VEGA, A.: “*Manual de operaciones de reestructuración empresarial- Fusiones, escisiones, Aportación de activos y Canjes de Valores*”, CISS, 2010.

TAYLOR, A.: “Corporate spin-offs: 2011’s hot trend” en: <http://www.fool.com/investing/value/2011/01/13/corporate-spinoffs-2011s-hot-trend.aspx>

THE ECONOMIST: *RJR NABISCO Lawyers at the gate*, 11 Marzo 1999.

VENTURA, R: “*Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades*”, Almedina.

VICENT CHULIÁ, F.: “Análisis crítico de la Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, *La notaría*, 1/2010.

JURISPRUDENCIA

TJUE, 17 julio de 1997, *Leuer Bloem* (C-28/95)

TJUE, 15 enero 2002, *Andersen Og Jensen* (C43-00)

TJUE, 11 marzo de 2004, *Hugues de Lasteyrie du Saillant* (C.9/02)

TJUE, 7 de septiembre de 2006 (C-470/04)

TS, Sala de lo Civil, Sección 1ª. 19 noviembre 2007, (RJ 2007,8456)

TS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 15 abril 2008, (RJ 2008, 1710)

AN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, 11 Octubre 2006 (JUR 2006, 256991)

AN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, 16 Febrero 2007 (JUR 2007, 112398)

AN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, 16 Febrero 2011, (JUR 2011, 899)

AN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 9 de Marzo 2011, (JUR 2011, 87334)

TSJ Andalucía, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4ª, 5 de Febrero 2008 (JT 2008,1176)

AP BURGOS, Sección 3ª, 3 de marzo 2004, (JUR 2004, 119244)

TEAC:

TEAC, 11 Octubre 2006, (JUR 2007, 7188)

TEAC 18 Diciembre de 2008, (JUR 2007, 2400)

TEAC, 26 Junio 2008, (JUR 2008,319785)

CONSULTAS Y RESOLUCIONES DGT:

C 27 de Abril de 2000 (0992-00)

CV0035-2, de 23 de Julio de 2002

Consultas de la Hacienda Foral de Vizcaya, de 26 de Agosto de 2008 y 12 de Mayo de 2009

CV0320 9 de 17 Febrero 2009

CV2274/09 de 9 Octubre 2009.

R 26 febrero 2008,

R 15 Septiembre 2008

R 14 Mayo 2009

RESOLUCIÓN DE LA DGRN

R 2 febrero 2011

BORME:

29 Abril 2010, sección segunda, nº 10791, pg.1146

15 julio 2010, nº 134, pg.25272.

3 noviembre 2010, nº 211, pg.34156

CNMV- Hechos relevantes:

Nº130912

nº 133954

Nº133958

Nº133959

